بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة عمان العربية للدراسات العليا

كلية الدراسات القانونية العليا

قسم القانون العام

أطروحة دكتوراه

المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري

دراسة مقارنة

مقدمة من الطالب

محمد موسى إبراهيم

إشراف الأستاذ الدكتور

خالد سمارة الزعبي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه

في جامعة عمان العربية للدراسات العليا

عمان

٢٠٠٥

المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري: دراسة مقارنة

أجيزت بتاريخ : 2005/5/1

أعضاء اللجنة: الاسم الثلاثي		الرتبة الجامعية	التوقيع
1- الدكتور: أ.د. هاشم الحافظ	رئيساً	أستاذ	[illegible]
2- الدكتور: أ.د. خالد الزعبي	مشرفاً وعضواً	أستاذ	[illegible]
3- الدكتور: مصلح الصرايرة	عضواً	أستاذ مشارك	[illegible]
4- الدكتور: [illegible]	عضواً	أستاذ مشارك	[illegible]

قال تعالى:

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قَالَ ربِّ اشْرَحْ لي صَدْرِي * ويَسِّرْ لِي أَمْرِي * واحلُلْ عُقْدَةَ
مِنْ لِسَانِي * يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴾. سورة طه " الآيات الكريمة ٢٤- ٢٧ "

صدق الله العظيم

الإهداء

إلى زوجتي الغالية التي كانت الدافع والمشجّع الرئيسي لي في هذه الدراسة، إلى رفيقة دربي وشريكة حياتي حلوها ومرها.

إلى الإنسانة التي عانت الكثير وضحّت بالأكثر على حساب سعادتها من أجل الوصول إلى هذا الهدف النبيل.

إلى الإنسانة التي صبرت على قساوة الأيام لتأمين متطلبات هذه الدراسة.

إلى الزوجة الوفية المخلصة الحقوقية منى نوري الغزي أهدي هذا الجهد المتواضع.

الشكر

الشكر لله سبحانه وتعالى أولاً وأخيراً

والشكر الخاص والتقدير البالغ المقرون بالمحبة والاحترام إلى معالي الأستاذ الجليل الدكتور خالد سمارة الزعبي الذي شرفني ومنحني ثقته بقبوله الإشراف على هذه الدراسة وعلى ما أسداني من نصح مخلص وتوجيهات سديدة وما أفادني به من علمه وثقافته القانونية الغزيرة بتواضعه الجم.

أدامه الله منارة للعلم وطلابه ومتعه بالصحة والعافية والتوفيق.

كما أشكر أعضاء هيئة التدريس بكلية الدراسات القانونية في جامعة عمان العربية للدراسات العليا، هذا الصرح العلمي الشامخ، والذين أفادوني بعلمهم الغزير ومنحوني من عطائهم وجهدهم الشيء الكثير الذي مكنني من الوصول إلى هذا المستوى من الدراسة، جزاهم الله خير الجزاء.

ملخص الأطروحة

تضمنت هذه الدراسة التعريف بنظرية المخاطر التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية وهي أحد موضوعات القانون الإداري ونظرياته المتعددة وهي من صنع القضاء الإداري وخاصة مجلس الدولة الفرنسي؛ لأن العقود الإدارية تتصل اتصالاً وثيقاً ومباشراً بتسيير المرافق العامة التي تعتبر من أهم أوجه النشاط الذي تمارسه الإدارة بهدف تحقيق الصالح العام والمحافظة على النظام العام.

وأوضحت الدراسة ماهية العقد الإداري ومعيار تمييزه عن غيره من العقود في نظر الفقه والقضاء الإداريين على اعتبار أن العقود التي تبرمها الإدارة هي عقود إدارية بطبيعتها وخصائصها الذاتية وليس بنص القانون وبالتالي فإن القضاء الإداري قد بسط رقابته واختصاصه بالنظر بالمنازعات المتعلقة بهذه العقود جميعها.

كما بينت الدراسة أن الظروف العادية التي يتم إبرام العقد في ظلها قد تتغير وقد تستجد ظروف وحوادث استثنائية طارئة لم يكن في الحسبان توقعها أو توقع مدى أثرها على تنفيذ العقد وشروطه مما يترتب عليها إلحاق الخسارة بالمتعاقد وبالتالي لابد من مساعدة المتعاقد وتعويضه عن هذه الخسارة لكي يستطيع تنفيذ التزامه على أحسن وأكمل وجه ليضمن استمرار سير المرفق العام.

ونتيجة ذلك فقد صنع القضاء الإداري نظرية المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري وأرسى أسسها وفصّل أحكامها ومبادئها حتى يضمن للمتعاقد حقه في التعويض عن هذه الخسارة باعتباره معاوناً ومساعداً للإدارة في عملها وليس خصماً أو نداً لها ولا يقف في مواجهتها وذلك مقابل ما تتمتع به الإدارة من الامتيازات والسلطات الواسعة مثل حق التدخل وتعديل شروط العقد وفرض الجزاءات على المتعاقد وسلطة فسخ العقد دون خطأ المتعاقد.

وأوضحت الدراسة أن امتيازات الإدارة وسلطاتها الواسعة في مواجهة المتعاقد ليست مجردة من كل قيد بل هي خاضعة للرقابة القضائية الإدارية ويجب أن تقف عند حد معين ولا تتجاوزه.

كما أوضحت الدراسة أن الأسس والقواعد التي أرساها القضاء الإداري بهذا

الخصوص قد خضعت لسنة التطور والتجديد لمسايرة ظروف الحياة ومستجداتها وأن أحكام القضاء لم تكن مستقرة بل متطورة بتطور الحياة وظروفها؛ لذلك فقد أدخل القضاء تعديلات كثيرة على هذه الأسس والأحكام.

وتضمنت الدراسة بيان أوجه اختلاف الاجتهادات الفقهية بشأن تطبيق كل من هذه النظريات المتمثلة في نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية وقد أبدى الباحث رأيه في موضوع كل خلاف والأساس الذي استند إليه في رأيه.

وأخيراً بينت الدراسة مدى التطبيق العملي لهذه النظريات في أحكام القضاء الإداري الأردني والنصوص التشريعية الأردنية وخلصت إلى أن المشرع الأردني حدد اختصاص القضاء الإداري المتمثل بمحكمة العدل العليا (حصرا) ولم ينص على اختصاص النظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

أما القضاء الأردني رغم إقراره في أحكامه – التي بينها الباحث في متن الرسالة – بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وبخصائصها التي تميزها عن غيرها من العقود، لكنه نأى بنفسه عن بسط رقابته واختصاصه للنظر بالمنازعات المتعلقة بها ولم يساير القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر في هذا المجال. وذهب القضاء الإداري الأردني إلى أبعد من ذلك حينما أقر بأحكامه بأن نظرية عمل الأمير هي من صنع القضاء والفقه الإداريين وبعد ذلك عزف عن تطبيق هذه النظرية إذا توافرت شروطها.

مقدمة عامة

لئن كان القانون الإداري حديث النشأة فإن نظرية المخاطر التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية "تعتبر أحد موضوعاته العديدة ونظرياته الرئيسية" أحدث نشأة منه.

ورغم غزارة المؤلفات في جميع مجالات القانون الإداري الرحبة إلا أن ما كتب في مجال المخاطر التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية ما يزال شحيحا، وشحيحاً جداً بل نادراً في الأردن.

لهذا يلاحظ الباحث في هذا الموضوع أن الأحكام الرئيسية لتلك المادة غير مستقرة حتى في القضاء الفرنسي الذي أنشأ القانون الإداري الحديث ومن موضوعاته البكر التي خرجت من رحمه أيضاً نظرية المخاطر التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، فما بالك ببلد كالأردن الذي لا يزال يخضع المنازعات المتعلقة بها للقضاء العادي؟!

ونظرا لهامش الحرية الواسع الذي يتمتع به الباحث في القانون الإداري الذي لا يتوفر لغيره من الباحثين في القوانين الأخرى كونه غير مقنن ولمرونته ومسايرته للظروف ومستجدات الحياة، فقد راق لي أن ألج ميدان هذا القانون الرحب من باب نظرية المخاطر التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية التي تتعلق بأهم منحى من مناحي حياة الناس ألا وهي المرافق العامة، ولما تتمتع به الإدارة من امتيازات في مجال العقود الإدارية وما تفرضه على المتعاقد معها نتيجة هذه السلطات الواسعة التي تحظى بها الإدارة والتي قد تسمح لبعض المسؤولين ممن في قلوبهم وهن ــ الذين لا يدركون أن الوظيفة العامة تكليف وغايتها خدمة الشعب وتحقيق الصالح العام ــ بالتعسف والاستبداد والحيد عن جادة الصواب بتجاوز حدود المشروعية والإساءة إلى مصلحة المجتمع تحت ستار "الصالح العام".

ولافتقار البيئة القانونية الأردنية لمؤلفات في مجال نظرية المخاطر التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، وندرة المبادىء القانونية في قضاء محكمة العدل العليا تحكم

المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية كونها ليست مختصة بها، لهذا كله ارتأيت أن يكون موضوع أطروحتي للدكتوراه في القانون الإداري هو المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري.

في ضوء هذه المعطيات جميعها، تهدف هذه الدراسة إلى التركيز على نظريات المخاطر وحقوق المتعاقد مع الإدارة في ضوئها وبيان ذلك في التشريع والقضاء الأردني مقارنة مع ما استقر عليه القضاء في الدول الأخرى مع الأخذ بعين الاعتبار أن لكل دولة ظروفها ونظمها القانونية الخاصة بها.

وغاية هذه الدراسة أن نبين الوسائل والحلول الناجعة التي تحفظ حقوق المتعاقد مع الإدارة الذي يعتبر مساعداً لها بل ويعمل نيابة عنها من أجل ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام إذا ما تعرض المتعاقد لمخاطر إدارية أو اقتصادية خلال مرحلة تنفيذ العقد مع بقاء مصلحة المجتمع هي الأولى بتقديمها والأجدر بالمحافظة عليها من خلال سن تشريع يحكم نظريات ومبادىء المخاطر التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية أسوة بالتشريعات العربية والأجنبية.

كما تسعى هذه الدراسة إلى أن تكون بإذن الله تعالى حافزاً للمشرع الأردني لمسايرة الدول التي أخذت بنظام الازدواج القضائي من حيث تعدد درجات القضاء الإداري والاختصاص الشامل بما في ذلك العقود الإدارية (إلغاءً وتعويضاً) مع تأهيل كوادر القضاء الإداري بداية.

منهج البحث

إن المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج المقارن الذي يغذي الدراسة بقدر كبير من تجارب مرت بها أو عايشتها أنظمة ودول أخر، مع التركيز على الجانب التطبيقي والعملي في الأردن من خلال أحكام القضاء الأردني بهذا الخصوص والتشريعات الأردنية المعمول بها، لهذا لا بد من تعريف موجز بالنشاط الإداري وأهمه المرافق العامة والمبادئ التي تحكم العقد الإداري الذي يتصل اتصالاً وثيقاً بالمرفق العام، وذلك كمدخل لموضوع الأطروحة.

وقد قسمت الدراسة إلى فصل تمهيدي وبابين. ويتكون الفصل التمهيدي من مبحثين تناولت في المبحث الأول ماهية النشاط الإداري وتطوره وأساليب تنفيذه ثم في المبحث الثاني تناولت العقد الإداري من خلال تعريفه ونشأته ومعيار تمييزه عن غيره من العقود.

وجاء الباب الأول في فصلين وكل فصل يتكون من ثلاثة مباحث تناولت فيها كيفية إبرام العقد الإداري وتنفيذه وأساليب اختيار الإدارة للمتعاقد معها والقيود التي ترد على حق الإدارة في إبرام العقد وسلطة الإدارة وامتيازاتها في مواجهة المتعاقد والتزاماتها نحوه، وبعد ذلك تناولت الآثار القانونية الناتجة عن تنفيذ العقد وحق المتعاقد قبل الإدارة ونفاذ العقد في مواجهة الغير، وأخيراً تناولت نهاية العقد الإداري.

وجاء الباب الثاني في ثلاثة فصول وكل فصل يتكون من ثلاثة مباحث تناولت فيها الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري المتمثلة بنظرية فعل الأمير "المخاطر الإدارية" ونظرية الظروف الطارئة "المخاطر الاقتصادية" ونظرية الصعوبات المادية، ثم بينت أوجه الشبه وأوجه الخلاف بين هذه النظريات. وأخيراً الخاتمة وتضمنت استنتاجات وتوصيات الباحث.

الفصل التمهيدي

المبحث الأول: ماهية النشاط الإداري

المبحث الثاني: ماهية العقد الإداري

الفصل التمهيدي
"النشاط الإداري"

تمارس الدولة الحديثة ثلاث وظائف رئيسية هي:

الوظيفة التشريعية التي تتولاها السلطة التشريعية المتمثلة بالبرلمان، وقوام هذه الوظيفة هو سن القوانين التي تنظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم من جهة وبين الأفراد فيما بينهم من جهة أخرى، بالإضافة إلى أنها تحدد اختصاص كل سلطة من السلطات الثلاث والعلاقة فيما بينها.

الوظيفة القضائية التي تتولاها السلطة القضائية وتتمثل في الفصل في المنازعات بين الأفراد أو بين الأفراد والسلطات الحاكمة.

الوظيفة الإدارية أو التنفيذية أو ما يسمى بالنشاط الإداري الذي تمارسه السلطة التنفيذية وهذا ما يخص موضوع هذه الدراسة:

المبحث الأول
ماهية النشاط الإداري

تقوم السلطة التنفيذية أو "الإدارة" بنشاطات عديدة ومتنوعة وتختلف هذه النشاطات ضيقاً واتساعاً حسب النظام السياسي للدولة، فتتسع هذه النشاطات حينما تأخذ الدولة بالنظام الاشتراكي الذي تتدخل فيه الإدارة في كل مناحي الحياة، بينما يضيق هذا النشاط في المذهب الرأسمالي الذي يعطي الفرد الحرية في ممارسة جميع النشاطات باستثناء بعض النشاطات التي تقتصر على الدولة والتي يعجز الأفراد عن تأمينها أو يعزفون عن ممارستها لكلفتها العالية وأهميتها.

وتمارس الإدارة بوصفها "حكومة" نشاطاً حكومياً نابعاً من سيادة الدولة وعدم تبعيتها لسلطة أخرى وذلك عندما ننظر إلى لفظ "حكومة" بمعناه الواسع الذي يشمل

السلطات الثلاث ويتمثل هذا النشاط في رسم السياسة العامة للدولة بشكل عام.

أما النشاط الذي تقوم به الإدارة بوصفها "إدارة" وليست "حكومة" فهو العمل الذي تهدف من ورائه إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد وتقديم الخدمات العامة لهم بهدف المحافظة على النظام العام وتحقيق الصالح العام.

وهذا النشاط الإداري قد يكون نشاطاً مادياً تمارسه الإدارة من غير أن تقصد ترتيب آثار قانونية على هذا النشاط وذلك بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل مراكز قانونية قائمة أو إلغائها، وإنما تقوم بهذا النشاط تنفيذاً لنص تشريعي وعليه يكون نشاطها وليد إرادة المشرع وليس وليد إرادتها، ومثال ذلك أن تقوم الإدارة بهدم منزل آيل للسقوط أو بفتح شارع أو بشمع محل صدر قرار بإغلاقه، والقرارات التي تصدر بهذا الشأن تكون تنفيذاً لنص قانوني، وتعتبر من قبيل هذه الأعمال أيضاً الأفعال الضارة التي تمارسها الإدارة أو تتسبب بها ويترتب عليها تحريك مسؤوليتها التقصيرية[1].

كما قد يكون نشاط الإدارة نشاطاً قانونيا تمارسه بإرادتها وتقصد من خلاله ترتيب أثر قانوني على هذا النشاط وذلك بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل مراكز قانونية قائمة أو إلغائها، وتمارس الإدارة هذا النشاط عن طريق القرار الإداري المنفرد من جانب الإدارة وحدها أو عن طريق التعاقد مع الأفراد أو التعاقد بين الهيئات الإدارية نفسها.

ويعتبر النشاط الإداري مظهراً لنشاط الدولة، فهو نشاط قديم وموجود منذ أن وجدت الوحدات السياسية، وكان في البداية محصوراً في الحفاظ على أمن الدولة الداخلي والخارجي وإقامة القضاء وهي الوظائف التقليدية للدولة أو ما كان يعرف بالدولة الحارسة، والنشاط الإداري من التشريع ومن القضاء كما يقول الفقيه "جيلينيك"

---

(١) الدكتور خالد الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، الإصدار الأول ١٩٩٩، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص (١١).

Allgemeince Staatslehre[1] لأنه يمكن للإنسان أن يتصور دولة بلا تشريع وبلا قضاء لكن لا يمكن أن يتصورها بلا إدارة لأن الإدارة هي المظهر الحي المكمل للدولة. قد يكون في هذا بعض المغالاة، لكن آية ذلك أن هذه الأعمال كانت بداية لا تخضع للرقابة القضائية لفترة طويلة من الزمن على أساس منافاة ذلك لسيادة الدولة، إلا أنه مع مرور الزمن وعلى أثر سيادة مبدأ المشروعية الذي تقوم عليه الدولة القانونية الحديثة ووجوب أن تكون جميع أعمال الإدارة في حدود القانون انقرضت الأفكار التي كانت سائدة وتنادي بعدم إخضاع أعمال الإدارة للرقابة القضائية وبدأت أعمال الإدارة تتسع شيئاً فشيئاً نتيجة التقدم الهائل في جميع مناحي الحياة العلمية والتكنولوجية وأخذت الإدارة تتدخل في كل شاردة وواردة وأصبحت تحل محل الأفراد في كثير من النشاطات التي كانت محصورة ومقتصرة على الأفراد وذلك بهدف تأمين جميع احتياجات الأفراد وتلبية رغباتهم حتى أصبحت تعرف بدولة الرفاهية.

المبحث الثاني

ماهية العقد الإداري

تستخدم الإدارة في مباشرة نشاطها الإداري وسائل قانونية تتخذ إحدى صورتين هما:

الصورة الأولى وهي القرار الإداري الذي يعتبر من أنجع وسائل القانون العام التي تتسلح بها الإدارة لأداء واجباتها المتعددة وتتم بإرادتها المنفردة وهذه الوسيلة خارج نطاق دراستنا.

أما الصورة الثانية أو الوسيلة القانونية الأخرى فهي العقد الذي قد تلجأ إليه الإدارة إذا ما قدرت أن هذه الطريقة أفضل في تحقيق الأهداف العامة خاصة إذا علمنا

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة ١٩٩١، دار الفكر العربي، جامعة عين شمس، القاهرة، ص١٥.

أن القرار الإداري إذا كان ممكنا ضد المواطنين أنه يقصر عن تناول غير المواطنين سواء أكانوا أفراداً أم شركات، فالعقد يعتبر الوسيلة الوحيدة والأفضل للتعاون بين هؤلاء وبين الدولة التي لا يحملون جنسيتها.

المسلم به فقها وقضاءً أن عقود الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد فمنها عقود إدارة تخضع للقانون الخاص وهذا خارج نطاق بحثنا، ومنها عقود إدارة تخضع لأحكام القانون العام وهي التي يطلق عليها اسم العقود الإدارية Lecontracts administratives وهذا النوع من العقود هو ما يعنينا في هذه الدراسة فما هو تعريف العقد الإداري؟

لم تجمع التشريعات على تعريف محدد للعقد الإداري أو وضع أحكام تبين عناصره والأسس التي يقوم عليها، لذلك تعتبر العقود الإدارية من صنع القضاء الإداري وخاصة القضاء الإداري الفرنسي، لهذا يمكن تعريف العقد الإداري وفقاً للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشراك مباشرة في تسيير المرفق العام" (١).

وفي مصر استقرت أحكام القضاء الإداري المصري "محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا باعتبارها محكمة تنازع" على الأخذ بهذا الرأي, يظهر ذلك جلياً بتعرض المحكمة الدستورية العليا المصرية لمعيار العقد الإداري بحكمها الصادر في ١٩ يناير ١٩٨٠ حيث تؤكد "يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة وان يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة ١٩٩١، مطبعة جامعة عين شمس، ص ٥٤.

من شروط استثنائية"[1].

ورغم أن التشريعات لم تجمع على تعريف محدد للعقد الإداري كما سبق القول، إلا أن بعض هذه التشريعات قد درجت على إخضاع بعض العقود الإدارية لاختصاص القضاء الإداري ومن أمثلة ذلك في القانون الفرنسي عقد التلزيم وعقود الأشغال العامة وعقد التوريد، ولما كان مجلس الدولة الفرنسي يطبق قواعد القانون العام فقد ترتب على ذلك أن اعتبرت تلك العقود عقوداً إدارية بتحديد القانون مما مكن مجلس الدولة من أن يدخل في اختصاصه المنازعات المتعلقة بكثير من عقود الإدارة التي لم يرد النص عليها صراحة إذا وجد بينها وبين العقود المنصوص عليها صلة، وكان ذلك مفيداً حينما كان القانون الإداري يقوم على معيار السلطة العامة، ذلك المعيار الذي كان يستبعد العقود الإدارية من نطاق القانون الإداري باعتبارها مجرد تصرفات عادية لا تنطوي على عنصر السلطة، وفي وقت لاحق بعد أن هجر الفقه والقضاء المعيار السابق أصبحت العقود الإدارية بتحديد القانون محل نظر ولا تنسجم مع الأفكار التي يقوم عليها القانون الإداري الحديث بسبب الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وخصائصها المميزة.

أما فكرة العقود الإدارية في التشريع المصري فقد تم استبعادها من نطاق القانون الإداري بعدم النص على تحديد هذه العقود لأن اختصاص القضاء الإداري يجب أن يقتصر على مجالات القانون العام، أما تطبيق قواعد القانون الخاص فالمحاكم القضائية أدرى به وبمقتضياته من القضاء الإداري. وهذا ما انتهت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٥٦ حيث تقول: "بعد أن استعرضت مختلف المراحل التي مر بها اختصاص مجلس الدولة المصري في مجال العقود الإدارية فلم يعد هذا الاختصاص مقصوراً على عدد معين من عقود الإدارة بل انطوى على كافة العقود الإدارية وامتد إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود. فقد

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٢.

أصبحت العقود الإدارية في مصر عقوداً إدارية بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقاً لإرادة المشرع"[١].

علماً أن المشرع المصري حينما حدد اختصاص محكمة القضاء الإداري بداية نشأتها عام ١٩٤٦ لم يتطرق للعقود الإدارية وأخرجها من اختصاص هذه المحكمة، وبقي الحال كذلك حتى صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ حيث استحدث النص في المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية بين الحكومة والطرف الآخر في العقد.

وفي الأردن اعترف القضاء الأردني بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص لتعلقها بإدارة المرافق العامة، إلا أنه ناط الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بالمحاكم العادية وهذا ما يتضح من بعض أحكام محكمة العدل العليا حيث أكدت ذلك في حكم لها في هذا المجال بقولها: "لقد انعقد إجماع الفقه والقضاء على أن المنازعة الخاصة بانعقاد العقد أو صحته أو بتنفيذه أو انقضائه أو فسخه أو إلغائه هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية" [٢].

وقضت في حكم آخر لها بقولها: "أن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بعقود إدارية؛ ذلك لأن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت على سبيل الحصر ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها" [٣].

كما قضت المحكمة في أحد أحكامها بقولها: "إن العقود الإدارية إذا أبرمت لا يصح أن تكون محل طعن بالإلغاء ذلك لأن قانون المحكمة قد أورد على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء ولم يجعل العقود الإدارية قابلة للطعن

---

(١) الدكتور محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، الإصدار الأول، ١٩٩٨، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ١٧.

(٢) عدل عليا أردنية قرار رقم ٧٩/٤٠ مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة ١٩٨٠ ص ٢٧٥.

(٣) عدل عليا أردنية قرار رقم ٧٧/١٠٦ مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٨٠ ص ٢٧٥

لدى محكمة العدل العليا"[1].

ويرى الباحث هنا إن التحديد الحصري من قبل المشرع الأردني لاختصاص محكمة العدل العليا بموجب المادة رقم ٩ من قانون المحكمة رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ يعتبر ثغرة تشريعية نتمنى أن يتداركها وأن يطلق يد المحكمة بالنظر في جميع الطعون الإدارية خاصة ما يتعلق بالعقود الإدارية طالما أنه استقر الفقه والقضاء الإداريين على الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص وخصائصها الذاتية المميزة لتعلقها بإدارة المرافق العامة وما تتطلبه إدارة المرافق من أوامر وقرارات إدارية تعتبر من صميم عمل الإدارة ويكون بذلك قد ساير مختلف التشريعات الدولية ومنها التشريع المصري الذي نص في المادة العاشرة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر.

وكذلك يتساءل الباحث هنا لماذا اعترف القضاء الإداري بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص ولم يعط نفسه حق الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بها كما فعل القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وأناط ذلك بالقضاء العادي. ويأمل الباحث أن يخطو قضاؤها الإداري الجريء والعادل على مسايرة القضاء الإداري الدولي بأن يمد اختصاصه إلى جميع المنازعات الإدارية خاصة منازعات العقود الإدارية رغم أن توزيع الاختصاص بين القضاءين الإداري والعادي من عمل المشرع.

---

(١) عدل عليا أردنية قرار رقم ٨٢/٦ مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٨٢ ص ٩٥٦

المطلب الأول

نشأة فكرة العقد الإداري وتطورها

سبق القول أن نظرية العقود الإدارية هي حديثة النشأة وهي أحدث موضوعات القانون الإداري وتعود بداياتها إلى مطلع القرن الماضي حينما أرسى قواعدها مجلس الدولة الفرنسي حينما كان المعيار المتبع في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية من جهة وبين القضاء الإداري من جهة أخرى هو معيار السلطة العامة.

فالمنازعات التي لها مساس بأعمال السلطة هي وحدها التي يختص بها القضاء الإداري لأنها تنطوي على عنصر السلطة وخصائصها التي لا مقابل لها في القانون الخاص على عكس التصرفات والنشاطات الأخرى التي تنزل فيها الإدارة إلى مرتبة الأفراد العاديين فتبيع وتشتري أو تستأجر، فهذه تخضع لاختصاص المحاكم العادية.

ووفقا لهذا المفهوم كانت العقود التي تبرمها الإدارة تعتبر من قبل التصرفات العادية التي تخضع لاختصاص المحاكم العادية وتطبق بشأنها قواعد القانون الخاص.

لكن المشرع الفرنسي واستثناء من هذه القاعدة قد نص ـــ لأسباب خاصة ـــ على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة مثل عقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة وعقود القروض العامة والعقود التي تتضمن شغلاً عاماً للدومين العام مما حدا بالفقهاء بتسمية هذه العقود بالعقود الإدارية بنص القانون نتيجة لاختصاص القضاء الإداري بتلك العقود استناداً لإرادة المشرع وليس لطبيعة هذه العقود وخصائصها الذاتية وعلى هذا الأساس بذل مجلس الدولة الفرنسي جهداً كبيراً من أجل توسيع اختصاصه فقاس على هذه العقود عقوداً أخرى لم يرد بشأنها نص ومد اختصاصه إلى عقد المعاونة والعقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه قياساً على عقد الأشغال العامة كون هذه العقود تحتوي على

عنصر الأشغال العامة[1].

وبقي الحال كذلك من حيث توزيع الاختصاص بين المحاكم العادية والقضاء الإداري الذي يستند إلى معيار السلطة العامة إلى أن تم هجر هذا المعيار من قبل الفقه والقضاء الإداريين واعتماد معيار المرفق العام كون معيار السلطة العامة يعيبه الغموض ولا يقدم فاصلاً دقيقاً بين أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية ويضيق من مجال القانون الإداري فكان أن أخرج من نطاقه كل تصرف إداري لا يكون مطبوعاً بخصائص السلطة العامة ولتجاهل هذا المعيار مستلزمات الحياة الإدارية الحديثة التي تحتاج فيها الإدارة إلى قواعد خاصة لتسهيل مهمتها في تحقيق النفع العام.

على هذا الأساس اعتمد مجلس الدولة الفرنسي مطلع القرن الماضي معيار المرفق العام كما صوره في حكم terrier الصادر في ١٩٠٣/٢/٦ الذي أوضح المفوض روميو في تقريره الذي قدمه بهذا الخصوص أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية كانت أو محلية سواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة أم تصرفاً عادياً، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي أعمال إدارية بطبيعتها وبالتالي يجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات، وقد حرص المفوض روميو في تقريره أن يبرز أن فكرة المرفق العام وإن كانت ضرورية لكي يختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بأعمال الإدارة فإن الإدارة حرة في أن تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إذا رأت أن هذه الوسائل أفضل في تسيير المرافق العامة. وفي هذا أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر إذ تقول في حكم لها: "بأن للقضاء الإداري أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم مع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة والأفراد في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد وله أن يطرح تلك القواعد أن كانت غير متلائمة معها وله أن يطورها بما يحقق هذا

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٣٨.

التلاؤم"[1].

وبمعيار المرفق العام أصبحت عقود الإدارة تكتسب الصبغة الإدارية ليس رغبة لإرادة المشرع وإنما لطبيعتها وخصائصها الذاتية مما يجعل خضوعها لقواعد القانون الإداري أمراً واجب التطبيق.

وفي مصر ــ التي لم تأخذ بنظام القضاء الإداري إلا بداية عام ١٩٤٦ ــ لم تعرف نظرية العقود الإدارية سبيلها إلى القانون الإداري إلا بعد هذا التاريخ، وقبل هذا كانت المحاكم القضائية "أهلية ومختلطة" تطبق على عقود الإدارة القواعد الواردة في التشريعات الخاصة بكل عقد وإن لم تجد لجأت إلى قواعد القانون المدني.

وقد أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة حكماً في ٣١ آذار ١٩٢٤ أنكرت بمقتضاه على شركة مياه الإسكندرية حقها في طلب زيادة المقابل الذي تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً وقررت المحكمة أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودي مع الإدارة وليس للقضاء أن يعتدي على حق الإدارة في هذا الخصوص لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل في شروطها[2].

كذلك سلكت المحاكم الأهلية مسلك القضاء المختلط حينما قضت محكمة الإسكندرية الأهلية الابتدائية في ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣عندما رفعت الإدارة دعوى على المتعهد الذي تعاقد معها لتوريد كمية كبيرة من الشعير في وقت كان الشعير فيه مسعراً لكنه في بداية تنفيذ العقد ألغت الحكومة التسعيرة مما ترتب عليه ارتفاع سعر الشعير ارتفاعاً ضخماً مما اضطر المتعهد إلى التوقف عن التوريد مما الجأ الإدارة إلى شراء الكمية المطلوبة بالسعر المرتفع ورفعت الدعوى تطالبه بفرق الثمن فدفع المتعهد بالظروف الطارئة فرفضت المحكمة الدفع بقولها: "أنه من المتفق عليه أن ارتفاع السعر

(١) الدكتور محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، ٢٠٠٣، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٢٤٥.

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة، السنة ٣٦، ص ٢٨١.

أو تكبد المتعهد خسائر لم تكن في حسبانه لا تخليه من الالتزام بالوفاء إذ إن ذلك لا يعد من الحوادث القهرية التي تعفيه من المسؤولية" (١).

إلا أن محكمة الأستئناف ألغت الحكم الابتدائي السابق وقررت إبراء ذمة المتعهد استناداً إلى انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن ليتوقعها المتعاقدان والتي تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين.

لكن محكمة النقض ألغت في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ حكم الاستئناف لأنه: "أخطأ في تأويل القانون بتقريره المساواة بين الظروف الطارئة التي قد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للملتزم وبين الحادث الجبري الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة وتقريره الأخذ في كليهما بفسخ الالتزام على حساب الدائن وإبراء ذمة المدين"(٢)، وعلى أساس حكم النقض هذا عدلت محكمة الاستئناف عن مسلكها بحكمها الصادر في ١٩٣٤/٧/٧(٣).

وهكذا احتفظت المحاكم القضائية ــ أهلية ومختلطة ــ باختصاصها في مجال العقود الإدارية حتى صدر القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ الذي نص في المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد.

ومن ثم تحايلت محكمة القضاء الإداري في ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ لتوسع اختصاصها في مجال العقود الإدارية كما فعل مجلس الدولة الفرنسي قبلها ومدت اختصاصها إلى عقود لم يرد نص بشأنها استناداً إلى اتصالها بعقد من العقود الثلاثة السابقة وقياساً على ذلك مدت المحكمة اختصاصها إلى عقد تقديم المعاونة لاتصاله بعقد

---

(١) حكم محكمة الإسكندرية الأهلية الابتدائية، ١٩٢٣/١٢/٢٠، مجموعة رسمية، سنة ١٩٢٧، حكم رقم ١١٦، ص ٢٢٣، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٢) مجموعة رسمية، ١٩٣٢، حكم رقم ١١٠، ص ٢١٠.

(٣) المحاماة، السنة ١٥، ص ٦٥١، رقم ٢٦٦، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٣.

الأشغال العامة المنصوص عليه كما جاء في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ وجاء فيه: "وطبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة تختص هذه المحكمة بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية اختصاصاً مطلقاً شاملاً لكل المنازعات وما يتفرع منها وعلى هدي ما تقدم يتبين أن المنازعة موضوع الدعوى إلغاء وتعويضاً إنما نشأت عن العقد الإداري الذي تعهد فيه المدعون بالمساهمة في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة هو مشروع إنشاء مبنى المحكمة عن طريق هبة الأرض التي تقام عليها ومبلغ من المال فهي منازعة وثيقة الارتباط بعقد من عقود الأشغال العامة هو تشييد هذا المبنى بحيث تعتبر خاصة به وبالتالي تندرج فيما تختص المحكمة بنظره بمقتضى المادة المشار إليها ومن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص في غير محله متعيناً رفضه"(١).

ورغم أن المشرع نص على اختصاص القضاء الإداري بالثلاثة عقود السابقة الإشارة إليها إلا أن هذا الاختصاص بقي محصوراً ومقيداً في ظل قانون ١٩٤٩ على المنازعات التي تنشأ بين الحكومة وبين الطرف المتعاقد معها وخرجت من هذا الاختصاص المنازعات التي تنشأ بين الملتزم أو المتعهد وبين باقي الأفراد عما يصيبهم من الأضرار بسبب تقصير المتعهد أو الملتزم وبقيت من اختصاص القضاء العادي ونظراً لما لهذا التقييد من عيوب ومخاطر جسيمة بأن جعل من اختصاص القضاء العادي النظر ببعض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الثلاثة التي نص عليها القانون مما سمح لكل صاحب مصلحة بأن يلجأ إلى أي من القضاءين الإداري أو العادي ــ مع احترام القواعد التي وضعها المشرع لمنع الجهتين من نظر ذات الموضوع ــ ولأنه من غير المعقول أن يترك للأفراد اختيار القواعد القانونية التي تحكم نوعاً واحداً من المنازعات فقد تنبه المشرع المصري إلى هذه العيوب وهذه الثغرة في التشريع وعمل

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٤٦.

على تداركها بأن نص في المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ على أن: "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر".

وفي الأردن ما زالت فكرة العقود الإدارية من اختصاص القضاء العادي وهذا ما نص عليه المشرع الأردني وما استقر عليه القضاء الإداري.

فالمادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا حدد المشرع حصراً اختصاص هذه المحكمة ولم يكن من بينها فكرة العقود الإدارية، كذلك استقر حكم محكمة العدل العليا على إخضاع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية للقضاء العادي وحرم على نفسه هذا الحق رغم اعترافه بالطبيعة الخاصة للعقد الإداري والخصائص الذاتية التي تتميز بها فكرة العقود الإدارية كما سبقت الإشارة إليه في هذا البحث.

ويرى الباحث أنه آن الأوان ــ بعد كل هذا السبات العميق ــ أن يسن المشرع الأردني قانوناً يعطي حق الاختصاص بالنظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية للقضاء الإداري المتمثل بمحكمة العدل العليا. وأن يخطو القضاء الإداري العادل خطوة جريئة وأن يمد اختصاصه على هذه المنازعات ويخضعها لرقابته.

المطلب الثاني

معيار تمييز العقد الإداري

لقد سبقت الإشارة إلى أن الإدارة تلجأ خلال ممارسة نشاطها إلى إبرام عقود مع الآخرين، لكن ليس كل عقد تبرمه الإدارة يعتبر عقداً إدارياً يخضع للقانون العام بل هناك عقود تبرمها الإدارة وتخضع لروابط القانون الخاص، ونستخلص من ذلك أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد. لكن ما هو الفيصل لتمييز العقود الإدارية عن عقود الإدارة؟

هل هو نص القانون وإرادة المشرع كما كان معمولاً به في بداية الأمر في

أولاً ـــ أن تكون الإدارة طرفاً في العقد

يشترط لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام ورغم أهمية هذا الشرط أو هذا الركن وضرورته إلا أنه غير كافٍ لاعتبار العقد إدارياً إلا إذا توافر فيه الركنان الآخران وإلا فإن مجرد دخول الإدارة في العقد لا يحوله إلى عقد إداري.

وهذا الركن يتصف بالبساطة فيما مضى وفقا للنظام الليبرالي الذي كان سائداً حينذاك وقت أن كانت معظم المجالات الاقتصادية مقتصرة على الأفراد وخارج اختصاص الدولة. فكان من أشخاص القانون العام من لا شك في صبغته الإدارية سواء كانت مركزية كالدولة والوزارات والمصالح والإدارات التابعة لها أو الإدارات اللامركزية الإقليمية كالمحافظة والبلدية أو المرفقية كالمؤسسات العامة.

إلا أن القضاء الإداري اعترف بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى بعد التحول إلى الاقتصاد الموجه وسيطرة القطاع العام على معظم مجالات النشاط الاقتصادي خاصة بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية مما أدى إلى ظهور منظمات جديدة لم تكن مألوفة من قبل وأصبحت تشرف على كثير من نواحي النشاط الخاص أو المهني وتتمتع بقدر كبير من السلطة العامة مما يترتب على الاعتراف بالصفة العامة لتلك الأشخاص المعنوية أن تكون العقود التي تبرمها تلك الأشخاص إدارية إذا ما توافرت باقي الشروط الأخرى.

ومن المسلّم به أن من فقهاء القانون العام من يعتبر شركات القطاع العام "الشركات المساهمة العامة" من أشخاص القانون العام(1). إلا أن الرأي الراجح اعتبارها من أشخاص القانون الخاص وأن العقود التي تبرمها هذه الشركات هي عقود تخضع لقواعد القانون الخاص، إلا إذا أرادت هذه الشركات أن تستعمل وسائل القانون العام

(١) الدكتور محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ١٩٧٢، ص ١٧٨.

وتستفيد مما تنطوي عليه من عنصر السلطة العامة فعليها أن تلجأ إلى الجهة الإدارية التي تشرف عليها وهي شخص القانون العام الذي أنشأها[١].

وفي الأردن اعترف المشرع الأردني لبعض المؤسسات المهنية بالصفة العامة مثل النقابات المهنية كنقابة المحامين ونقابة المهندسين والأطباء .. الخ، كذلك الجامعات الرسمية كالجامعة الأردنية، ومنحها بعض السلطات العامة لتسيير المرافق التي تشرف عليها وتنظمها، وعليه فإن العقود التي تبرمها هذه المؤسسات تعتبر عقوداً إدارية.

وما يجب ملاحظته أن اشتراط أن تكون الإدارة طرفاً في العقد لا يعني بالضرورة الجزم بأن يكون العقد إدارياً، فقد تدخل الإدارة في العقد كما لو كانت فرداً عادياً من الأفراد وذلك في حال دخولها في عقد مع الأفراد أو الشركات الخاصة لبيع منتجاتها كمرافق عامة صناعية أو تجارية أو شراء مستلزمات تسيير بعض المرافق ولو كانت الإدارة تستهدف تحقيق نفع عام من وراء العقد الذي تبرمه مع أشخاص القانون الخاص، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن تدخل ممثل وزارة العمل في نزاع وتوقيعه على العقد الذي أبرم بين صاحب العمل وعماله فإن هذا التدخل لا يمكن معه اعتبار الإدارة طرفاً في ذلك العقد وأن العقد إدارياً[٢].

وقد لا تظهر الإدارة في عقد من العقود ومع ذلك يعتبر العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم ولمصلحة الإدارة ومن تطبيقات ذلك ما قرره مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢٤ الذي جاء فيه: "متى كان الثابت أن وزارة التموين ـــ بصفتها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد ـــ تدخلت في أمر سلعة الشاي واتخذت من الإجراءات وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلاً بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع مع ضمان وصولها إلى المستهلكين بالسعر المحدد وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء على هذه السلعة ووضعت القواعد التي

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢١ تشرين أول ١٩٤٧ في قضية ste Boulanger ، المجموعة ٤٣٦، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧١.

تحكم تداولها وتوزيعها وعهد بذلك إلى "لجنة توزيع الشاي" ثم المعبئين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار في مختلف أنحاء البلاد متى كان الثابت هو ما تقدم فإن ذلك في حقيقته يتضمن أمراً بتكليف اللجنة بخدمة عامة ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التي تعقدها هي عقود إدارية ملحوظ فيها دائماً تغليب الصالح العام على المصلحة التجارية الخاصة ..وقد استقر الفقه والقضاء في هذا المجال على أن علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تستند إلى شروط العقود بالقدر الذي تستند فيه إلى القواعد التنظيمية الخاصة بالمرفق العام" (١).

والجدير ذكره أنه عند القول بأن العقد يعتبر إدارياً إذا كانت الإدارة أحد طرفيه هو أن تتحقق الصفة الإدارية وقت التعاقد، فإذا أبرمت جهة الإدارة عقداً من العقود فإن صفتها التي يعول عليها وقت التعاقد بحيث لو تغيرت هذه الصفة فيما بعد فلا اعتداد إلا بصفتها وقت توقيع العقد فقط وهذا ما أكده القضاء الإداري المصري في حكم لمحكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١٩٦٩/٣/١٦ بمناسبة عقد كانت قد أبرمته مؤسسة الأبنية العامة وهي من أشخاص القانون العام ثم تحولت بعد نفاذ العقد إلى شركة مساهمة وقد اعتبرت المحكمة أن العقد إداريّ تأسيسيّ على صفة المؤسسة وقت التعاقد بصرف النظر عن صفتها وقت التنازع(٢).

ثانياً ــ اتصال العقد بالمرفق العام

استقر الفقه والقضاء الإداريان على اعتبار العقد إدارياً أن يكون محله أو موضوع العقد متعلقاً بمرفق عام سواء أمن حيث تنظيمه أم إدارته أم تنفيذه أم تسييره وضمان انتظام عمله باطراد لخدمة أغراض المرفق العام وتحقيق احتياجاته مراعاة لمصلحة عامة وما تقتضيه من تغليبها على المصلحة الخاصة للأفراد.

لكن هل يشترط أن تكون الصلة بين العقد ونشاط المرفق الذي يخدمه على

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٧٢، ٧٣.

(٢) الدكتور محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، ٢٠٠٢، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٢٣.

درجة معينة من المتانة؟

ومجلس الدولة الفرنسي يعتبر العقد خاصاً إذا انقطع اتصاله بالمرفق العام ومثال ذلك العقود التي تبرمها الأشخاص العامة لإدارة الأموال الداخلة في دومينها الخاص وكذلك القضاء الإداري المصري أقر هذه الشرط ويتضح ذلك على سبيل المثال بحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٢/٢٤ الذي تقول فيه: "إن العقد الذي يبرمه أحد الأفراد مع الإدارة لشراء كمية من الزلط الموجود بمخازن سكك حديد الدلتا التي تديرها الحكومة ليس عقداً إدارياً لأن العقد لا يتصل بتسيير مرفق عام ولا يعدو أن يكون مجرد بيع مال مملوك للدولة ملكاً خاصاً تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقاً لأحكام القانون المدني"(١).

وقد استقر حكم القضاء الأردني على ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام من خلال حكم محكمة العدل العليا الذي تقول فيه: "يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلاً عن العقد المدني إذ أنه يقوم على إشباع احتياجات المرافق العامة حتى تسير بانتظام فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقاً لمصلحة المرفق العام .." (٢)

ويرى الباحث أن مسألة اتصال العقد بالمرفق العام هي مسألة موضوعية يعود للقاضي الإداري مراعاتها وتقديرها في كل حالة على حدة.

وعلى كل فإن شرط اتصال العقد بالمرفق العام على أهميته لا يكفي وحده لاعتبار العقد إدارياً ولا بد من توافر شرط ثالث وهو الأخذ بوسائل القانون العام.

ثالثاً ـــ اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام

ويعني شرط الأخذ بوسائل القانون العام أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقد المدني.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٨٤ ، ٨٥.

(٢) قرار رقم ١٩٩٧/١٨١ تاريخ ١٩٩٧/٩/٢٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٨ ص ٣٧٦٦

وهناك جدل فقهي بين فقهاء القانون الإداري في كل من مصر وفرنسا حول أهمية هذا الشرط أو هذا الركن.

فمن الفقهاء من يقول بكفاية هذا الشرط حتى يعتبر العقد إداريا وإنكار الدور الذي يقوم به شرط اتصال العقد بالمرفق العام وهذا الرأي وجد أنصاره ومن يدافع عنه مثل الفقيه فالين والفقيه رينيه شابي والدكتور ثروت بدوي والدكتور سليمان الطماوي. ويستند أصحاب هذا الرأي إلى عدم وجود أحكام تعترف بالصبغة الإدارية للعقد إذا خلا من الشروط الاستثنائية وإذا كانت أحكام القضاء تجمع بين المعيارين ــ برأي هؤلاء الفقهاء ــ فإن ذلك لا يعني المساواة بين الشرطين، "اتصال العقد بالمرفق العام واحتواؤه على شروط استثنائية" ويعتبرون شرط اتصال العقد بالمرفق العام شرطا قليل الأهمية بجانب الشروط الاستثنائية لأنهم يعتبرون الشروط الاستثنائية في العقد عنوان السلطة العامة في مجال العقود الإدارية لأن فكرة المرفق العام في نظر هؤلاء الفقهاء انهارت كمعيار لتمييز العقد الإداري وفشلت في جميع مجالات القانون الإداري[1].

ويضيف الفقيه الفرنسي "فيديل" وهو من أنصار هذا الرأي أنه حتى في العقود التي تعهد فيها الإدارة إلى أحد الأفراد بمهمة تنفيذ مرفق عام فإن صفة العقد يحددها ما يظهر في موضوعها من مظاهر السلطة العامة عن طريق الشروط الاستثنائية.

أما الاتجاه الثاني أو الرأي الفقهي الآخر فمن الذين يدافع عنه دي لوبادير والدكتور أحمد عثمان عياد، فيرون عدم كفاية الشروط الاستثنائية كمعيار وحيد لتمييز العقد الإداري ولا يهدر كل قيمة ــ كالاتجاه الأول ــ لمعيار المرفق العام، ويدعمون رأيهم بأن هناك أحكاما قضائية تعترف بالصفة الإدارية للعقد لمجرد اتصاله بالمرفق العام دون أن يتضمن شروطا استثنائية ومثال ذلك حكم المحكمة الإدارية في باريس التي تقول فيه: "أن الشركة الوطنية إيرفرانس عهد إليها بموضوع مهمة محددة تتعلق

---

(١) الدكتور أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧، ص ١٧.

ذلك فإن الارتباطات الفردية التي أبرمت مع الأفراد الموضوعين تحت التمرين بقصد تنفيذ هذه المهمة اتخذت طابع العقود الإدارية بغض النظر عن الاشتراطات التي كانت مصاحبة لها"(١).

كما يعزز أصحاب هذا الرأي موقفهم بقولهم أنه ليس صحيحا ما يدعيه الاتجاه الأول من أن أحكام القضاء ترجح معيار الشروط الاستثنائية على معيار المرفق العام ويدللون على ذلك بحكم قضاء مجلس الدولة المصري الذي لا يميز بين المعيارين بل ويعتبرهما على قدم المساواة من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٥٩ تاريخ ١٩٦٤/٢/٢٤ الذي تقول فيه: "المعيار المميز للعقود الإدارية متى اتصل بالمرفق العام على أنه صورة من الصور مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة" ويستطرد أصحاب هذا الرأي بالدفاع عن رأيهم بتفنيدهم بأن القول عن فكرة المرفق العام قد فشلت كمعيار لتمييز العقد الإداري وانهارت في مجالات القانون الإداري فإن العميد سليمان الطماوي يرى "بحق" أن هذا الاتجاه من بعض الفقهاء يكشف عن الظروف المعاصرة التي تحيط بفكرة المرفق العام كمعيار في مجال القانون الإداري وبأن محاولة إحياء فكرة السلطة العامة هو وقوف عند الوسيلة دون اهتمام بالغاية ومثل هذا الرأي يبدو خطيرا في وقت زاد فيه تدخل الدولة في أنشطة كثيرة وكل ما يمكن أن يؤخذ على فكرة المرفق العام أن النفع العام قد لا يتحقق دائما عن طريق المرفق(٢).

ويرى الباحث أن أحكام القضاء في كل من فرنسا ومصر التي قضت بصفة العقد الإداري بناءً على معيار الشروط الاستثنائية ثم عادت وقضت بمعيار المرفق العام لا يعني أبدا أن القضاء يناقض بعضه البعض لأنه عاد وحكم بالمعيارين معا لأن دور القضاء هو وضع الحلول وصياغة الأحكام في المنازعات المطروحة عليه حسب

---

(١) د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، ١٩٧٦، دار الفكر العربي ص ٣٩.
(٢) الدكتور علي الفحام، مرجع سابق، ص ٤٢.

ظروف كل دعوى وكل حالة على حدة كما أسلفت.

كما يؤيد الباحث رأي غالبية الفقهاء من أنه لا بد من توافر الشروط الثلاثة التي تؤلف جميعاً أركان العقد الإداري باعتبارها الشروط التي تميزه عن غيره من العقود.

وهذا ما استقرت عليه أحكام القضاء الأردني حيث تقول محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم ٢٠٠١/١٥٠٥ تاريخ ٢٠٠١/٧/٣٠ "أن الفقه والقضاء قد استقرا على أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه أوفى بحقوق عاقديها مستعينة بذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها.." (١).

وقد استقر الفقه والقضاء الإداريان في الأردن على الأخذ بالشروط الثلاثة كمعيار لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود ويكون بذلك ساير الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر.

ففي حكم محكمة العدل العليا رقم ١٩٩٧/١٨١ تاريخ ١٩٩٧/٩/٢٤ تقول المحكمة: "أن جهة الإدارة وهي توقع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بشروط العقد تهدف المصلحة العامة وكفالة حسن سير المرفق العام .." (٢).

وليس شرطاً أن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية عدة وغير مألوفة حتى يعتبر العقد عقداً إدارياً بل يمكن أن يتضمن شرطاً واحداً استثنائيا وغير مألوف حتى يعتبر العقد إدارياً.

والشروط الاستثنائية قد تكون امتيازات للإدارة لا يتمتع بها المتعاقد الآخر ومنها ما يخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير أو شرط جعل الاختصاص للقضاء الإداري أو شرط إشراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام.

وسأبين ذلك تفصيلاً لاحقاً عند البحث في امتيازات الإدارة وحقوق المتعاقد معها

---
(١) منشورات مركز عدالة، عمان.
(٢) المجلة القضائية/ المعهد القضائي الأردني، ١٩٩٧، عمان، ص ٤٩٣

وذلك منعاً للتكرار.

وفي العراق حيث يحظى القضاء العادي بالنظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لأنه يعتمد نظام القضاء الموحد فقد سلك القضاء العراقي مسلك القضاء الإداري الفرنسي والمصري في تحديد طبيعة العقود الإدارية حيث لم يستقر على معيار واحد فقط، فجاءت أحكامه تشير بوضوح إلى معيار المرفق العام. وفي أحكام أخرى تشير إلى معيار المرفق العام ومعيار الشروط غير المألوفة معا.[1]

ففي حكم لمحكمة التمييز العراقية لها بتاريخ ١١ نيسان ١٩٦٥ رقم ٢١١٣/حقوقية /٦٤ تقول فيه: "العقود الإدارية القائمة على أساس فكرة المرفق العام يتحقق فيها الضرر بمجرد التأخير لحرمان المواطنين من الفائدة المتوخاة ولا لزوم لإثبات الضرر".

وفي حكم آخر لها بتاريخ ٢٨ تموز ١٩٦٦ رقم ١٨٥/ مدنية أولى / ١٩٧٤ تقول: "إلا أنه تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من الدولة ويحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام".

وقد اعتمدت محكمة التمييز العراقية مفهوم الصالح العام، ففي حكم لها بتاريخ ٢٠ شباط ١٩٧٤ رقم ٢٦٩٥/ حقوقية / ٩٦٦ تقول ".. وحيث إن الضرر مفترض من تأخير تنفيذ العقود التي تكون الحكومة طرفاً فيها بالنظر لتعلقها بالصالح العام.." [2].

---

(١) الدكتور محمد عبدالله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول ٢٠٠٠، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٣٤.

(٢) الدكتور محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص ٣٤.

الباب الأول

المبادئ التي تحكم العقد الإداري

الفصل الأول: إبرام العقد الإداري

الفصل الثاني: الآثار القانونية للعقد الإداري

الباب الأول

المبادئ التي تحكم العقد الإداري

تمهيد:

سبق القول أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد، وأن العقد الإداري له طبيعته الخاصة وخصائصه الذاتية التي تميزه عن غيره من عقود الإدارة. وتتمتع الإدارة بسلطات واسعة عند تنفيذ العقد الإداري في مواجهة المتعاقد معها وتحظى بامتيازات وبمركز تعاقدي لا مثيل له في العقد المدني.

والسلطات التي تتمتع بها الإدارة تستمدها من نصوص العقد أو من القواعد العامة التي تسري على كل عقد إداري ولو لم يرد بها نص فيه، بسبب استهداف العقد الإداري المصلحة العامة وإشباع حاجات الجمهور، ويكمن أساس ذلك في فكرة السلطة العامة في العقد الإداري والمرفق العام الذي يعتبر المبرر الحقيقي لمنح الإدارة السلطات الواسعة عند تنفيذ العقد.

والجدير ذكره وما يجب التأكيد عليه أن هذه السلطات الواسعة التي تحظى بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وإن كانت ضرورية إلا أنها ليست مطلقة بل تخضع للرقابة القضائية الإدارية، فللمتعاقد الحق في أن يطعن بتصرفات الإدارة إذا هدفت بتصرفاتها إلى تحقيق غير الصالح العام وتجاوزت حدود المشروعية.

الفصل الأول

إبرام العقد الإداري

الفصل الأول

إبرام العقد الإداري

العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله. وقد عرّف المشرع الأردني العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"(1).

والعقد الإداري يخضع لنظام قانوني متمايز عن النظام القانوني الذي يخضع له العقد المدني، ورغم ذلك فإن العقد الإداري يقوم كما هو الحال في العقد المدني على ثلاثة أركان هي: الرضا والمحل والسبب. إضافة إلى وجوب توافر شروط صحة العقد المتمثلة بسلامة إرادة كل من المتعاقدين وخلوها من العيوب التي تفسدها وتمتع كل من الإدارة والمتعاقد معها بالأهلية اللازمة لإبرام العقد.

المبحث الأول

أساليب اختيار الإدارة للمتعاقد معها

يملك المتعاقد في ظل القانون الخاص حرية إبرام العقود التي يريدها ضمن مبدأ سلطان الإرادة وأهلية التعاقد شريطة عدم مخالفة محل التعاقد للنظام العام والآداب، إلا أن حرية الاختيار في ظل القانون العام وخصوصاً في العقود الإدارية تضيق لأن رجل الإدارة تقيده القوانين والأنظمة التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام واختيار أكفأ المتعاقدين وبأفضل الأسعار.

والإدارة عند اختيارها المتعاقد معها محكومة بضرورة المحافظة على المالية العامة للدولة وتوفير أكبر وفر مالي للخزينة لذلك تلجأ إلى اختيار من يقدم أفضل

---

(1) المادة ٨٧، القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

الشروط المالية وهنا تضيق حرية الإدارة إلى حد بعيد في هذا المجال.

وفي حال وضع المصلحة الفنية للإدارة في المركز الأول قبل العمل علي توفير أكبر وفر مالي للخزينة تتسع حرية الإدارة باختيار المتعاقد معها واختيار أكفأ المتعاقدين لأداء الخدمة بغض النظر عن الاعتبارات المالية وعادة تراعي التشريعات التوفيق بين هذين المبدأين من أجل المحافظة على المال العام مع عدم إهدار الاعتبارات الفنية.

وقد كان موضوع كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها من بين الموضوعات التي درسها المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية الذي عقد في مدريد في أيلول عام ١٩٥٦ وقد تبين في هذا المؤتمر أن الدول تتوزع في هذا المجال إلى مجموعتين، المجموعة الأولى التي ليس لديها إجراءات محددة للتعاقد وإنما موظفون عموميون مختصون بإبرام العقود الإدارية ويتمتعون بحرية اختيار الطرف الذي يتعاقدون معه وحرية هؤلاء الموظفين مقيدة إدارياً عن طريق مراقبة رؤسائهم ووجوب احترام الإجراءات الإدارية المقررة ورقابة ديوان المحاسبة بالنسبة إلى المسائل المالية ومن هذه الدول بريطانيا وايرلندا وهاييتي.

والمجموعة الثانية هي الدول التي لديها إجراءات محددة للتعاقد عن طريق تشريعاتها التي تنظم كيفية إبرام العقود الإدارية وهذه المجموعة فيها دول تمنح الإدارة حرية كبيرة في اختيار طريقة التعاقد، فلها الحرية في أن تلجأ إلى الطريق المنظم وحينئذ عليها أن تحترم قواعده ولها أن لا تلجأ إلى تلك القيود في بعض الحالات، ومن هذه الدول هولندا وألمانيا وسويسرا والدنمارك.

والقسم الأكبر من هذه المجموعة تجعل التنظيم إجبارياً بحيث تلتزم الإدارة بإتباع الوسيلة المقررة قانوناً في جميع العقود مثل بلجيكا والنرويج، وهناك قسم آخر من هذه المجموعة تأخذ بنظام مزدوج بحيث تفرض القيود في حالات وتسمح بالتحرر

من هذه القيود في حالات أخرى مثل دول اليابان والسويد وتركيا[١].

وفي فرنسا حدد المشرع الفرنسي ثلاث طرق رئيسية لإبرام العقود الإدارية وهي:

١) أسلوب المناقصات والمزايدات بصورها المختلفة والتي تحكمها مبادىء أساسية هي العلنية والمنافسة والآلية.

٢) أسلوب الدعوة إلى التعاقد وهذا الأسلوب يتخلص من الآلية التي يتسم بها أسلوب المناقصات والمزايدات ويمنح الإدارة قدراً كبيراً من الحرية في اختيار المتعاقد معها.

٣) أسلوب الاتفاق المباشر الذي يمنح الإدارة أكبر قدر من الحرية في اختيار المتعاقد معها مع الاحتفاظ بمبدأي المنافسة والمساواة.

أما في مصر يعتبر أسلوب المناقصات والمزايدات هو الأسلوب الرئيسي للتعاقد مع وجود أسلوب الممارسة وأسلوب الاتفاق المباشر بين الإدارة والمتعاقد[٢].

وفي الأردن فقد ألزم المشرع الأردني الإدارة بإتباع طرق وأساليب محددة لإبرام العقود الإدارية فقد نص على : "تنفذ الأشغال والخدمات الفنية الحكومية بإحدى الطرق التالية" [٣]:

أ) العطاءات العامة

ب) العطاءات بتوجيه دعوات خاصة

ج) التنفيذ المباشر

كما نص المشرع على ما يلي:

عدم طرح أي عطاء دون الاعتماد المالي

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٢٣٤.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٢٣٧.
(٣) المادة ٥ من نظام الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٦.

التقيد بأفضل العروض المستوفية لشروط دعوة العطاء وأنسب الأسعار مع مراعاة درجة الجودة المطلوبة ومدى قدرة المقاول أو المستشار للقيام بالعمل المطلوب حسب الشروط والمواصفات. وحصر تنفيذ الأشغال بالمقاولين الأردنيين إذا توافرت فيهم الشروط المطلوبة، النص في شروط العطاءات والمواصفات على استعمال المواد والمنتجات الصناعية المحلية في الأشغال ما دامت مطابقة للمواصفات المعتمدة.(١)

نلاحظ أن المشرع الأردني راعى في أسلوب العطاءات الجمع بين مبدأ المحافظة على مال الخزينة ومبدأ عدم إهدار الاعتبارات الفنية من خلال المنافسة بين أصحاب العروض للحصول على أداء عمل أو تقديم مواد بأقل مقابل مالي تتحمله الإدارة دون المساس بجودة الأداء وذلك باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل عطاء من حيث الشروط الفنية والمالية.

والعطاءات قد تكون عامة تسمح بدخول عدد غير محدد من المناقصين للوصول إلى أفضل عطاء عن طريق الإعلان عن طرح العطاء لتحقيق المنافسة كما نصت على ذلك تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية وينشر إعلان العطاء في الصحف المحلية بما لا يقل عن ثلاث صحف في أكثر من يوم وبوسائل الإعلان الأخرى المناسبة ويجب أن يشتمل الإعلان إيضاحاً عن رقم العطاء وآخر موعد لبيع دعوة العطاء وآخر موعد لتقديم العروض وأية أمور أخرى ترى اللجنة ضرورة الإعلان عنها (٢).

أما العطاءات الخاصة المحدودة فهي تكون محصورة بعدد محدود من المناقصين الذين تتوفر لديهم الكفاءة المادية والفنية وتلتزم الإدارة بالتعاقد مع صاحب أفضل العطاءات.

وتخضع العطاءات الخاصة أو المحدودة إلى الإجراءات والأحكام المنظمة للعطاءات العامة أو المفتوحة عدا الأحكام المتعلقة بالإعلان حيث تتم دعوة المناقصين

---

(١) المادة ٦/ج/د/هـ - من النظام المشار إليه.

(٢) المادة ٧/أ من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية الصادرة بموجب نظام الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧.

في العطاءات الخاصة من خلال إرسال الدعوة بواسطة البريد المسجل أو تسليمها باليد إلى المقاولين أو المستشارين الذين يوافق صاحب العمل على دعوتهم للمناقصة بناءً على تنسيب رئيس لجنة العطاءات.

والإعلان عن العطاءات الخاصة يكون بتوجيه خطابات رسمية نظراً لأن الإدارة تعرف بنفسها أو بناءً على توصية جهات حكومية أخرى أو هيئات أو منظمات دولية أو مكاتب استشارية الأشخاص أو الشركات الذين تريد قصر العطاء عليهم وهذه الطريقة تعتبر الأنجح والأسلم من طريقة النشر بالصحف المحلية التي تتبع في العطاءات العامة التي تقوم على مجرد قرينة افتراضية بالعلم من جانب المناقص(١).

وعادة تطبق عطاءات الدعوة الخاصة على مقاولين أو موردين من ذوي الخبرات العالية جدا كإنشاء مطار أو ميناء بحري أو توريد أجهزة علمية دقيقة.

ثانياً ــ طريق الممارسة أو الاختيار المباشر

الأسلوب الثاني في اختيار الإدارة للمتعاقد معها هو الممارسة أو الاختيار المباشر "المفاوضة والتلزيم" (٢) وهذا الأسلوب هو من الطرق الاستثنائية لتنفيذ الأشغال الحكومية والخدمات الفنية حيث يتم بموجب هذه الطريقة دعوة عدد من المقاولين أو الموردين ومفاوضتهم علناً على ما يقدمونه من أسعار وشروط تمهيدا لاختيار أفضلهم شروطاً.

والجهة الإدارية المختصة بتنفيذ الأشغال عن طريق المفاوضة والتلزيم حدّدها المشرع الأردني حصراً وهي:

مجلس الوزراء والوزراء والأمناء العامون للوزارات (٣).

كما حدد نظام الأشغال الحكومية الحالات التي يجوز فيها تنفيذ الأشغال أو تقديم

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي – الأسس العامة – مرجع سابق – ص ٢٤٦.
(٢) الدكتور نواف كنعان – القانون الإداري – الكتاب الثاني – ص ٣٤٤.
(٣) المادة ٢١/أ ، ب من نظام الأشغال الحكومية.

الخدمات الفنية بالمفاوضة والتلزيم مثل: الحالات الاستثنائية أو المستعجلة لمواجهة حالة طارئة أو لوجود ضرورة لا تسمح بإجراءات طرح عطاء، وحالة توحيد الآليات والأجهزة أو التقليل من تنويعها أو لغرض التوفير في اقتناء القطع التبديلية أو لتوفير الخبرة لاستعمالها وعند التعاقد على خدمات فنية أو تقديم خدمات علمية أو مهنية متخصصة وحالة إذا كان تنفيذ الأشغال يتم خارج المملكة، وحالة إذا كان التعاقد على تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات يتم مع مؤسسات حكومية أو مؤسسات علمية أو كانت الأسعار محددة من قبل السلطات الرسمية(١).

كما حدد نظام اللوازم حصراً بالمادة ١٤/أ الحالات التي يجوز للإدارة المختصة شراء اللوازم بغير طرح العطاءات وهي حالة استدراج عروض في حالة الاستعجال أي حاجة مستعجلة طارئة للوازم المراد شراؤها يصعب توقعها أو التنبؤ بها ولا تسمح بطرح عطاء وحالة عدم وجود أكثر من ثلاثة بائعين أو منتجين أو موردين للوازم المطلوبة وحالة عدم زيادة قيمة اللوازم عن خمسة آلاف دينار أردني وأخيراً حالة عدم تقدم عدد كاف أو مناسب للعطاء المطروح واقتنعت الإدارة المختصة أن الضرورة تقضي بشراء اللوازم عن طريق المفاوضة والتلزيم.

ثالثاً ـــ الشراء المباشر

الأسلوب الثالث هو الشراء المباشر للوازم بالتفاوض مع بائعيها أو منتجيها أو مورديها، والهدف منه هو التيسير على الإدارة المختصة في تأمين لوازمها المطلوبة وعدم تقييدها بإجراءات معنية كما هو الحال في العطاءات ورغم ذلك لا يكون هذا الأسلوب إلا في حالات الضرورة والحالات الاستثنائية التي تلجأ الإدارة المختصة لأسلوب الشراء المباشر للوازم المطلوبة بالتفاوض مع بائعها أو منتجها أو موردها وهذه الحالات كما حددها نظام اللوازم هي: المواد المسعرة رسمياً من قبل السلطات

---

(١) المادة ٢٠ من نظام الأشغال الحكومية.

الرسمية واللوازم المطلوبة لمواجهة حالة عامة طارئة وفي حال عدم وجود إلا مصدر وأحد للوازم يتمتع بالقبول والمواد العلمية كالأفلام والمخطوطات وما شابهها وفي حال عدم الحصول على عرُوض مناسبة أو لم تكن الأسعار معقولة أو عدم الحصول على كامل الكمية من اللوازم المراد شراؤها وأخيرا عند عدم وجود نص قانوني أو اتفاقية دولية توجب شراء اللوازم مباشرة (١).

المبحث الثاني

القيود التي ترد على حق الإدارة في إبرام العقد

لقد سبقت الإشارة إلى أن الإدارة عند إبرامها عقداً إدارياً لا تملك الحرية المطلقة في تعاقدها مع الطرف الآخر فحريتها تقيدها القوانين والأنظمة التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام.

والقيود المفروضة على الإدارة يتعين مراعاتها من أول خطوة من خطوات التعاقد حتى تمام إبرام العقد الإداري، فهناك قيود سابقة على التعاقد وأخرى واردة على عملية التعاقد فمن هذه القيود ما يرد على شروط تكوين العقد الإداري ومن ثم على شروط صحة انعقاد العقد ومنها ما يرد على حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، ومن القيود ما يتعلق بالتعبير عن إرادة الإدارة المختصة التي تكون طرفاً في العقد إضافة إلى القيود التي تحدد شكل العقد والقيود التي توجب التصديق اللاحق لإبرام العقد، وهذه القيود أجملتها محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٢٠ حزيران ١٩٥٧ التي تقول فيه:

"إن للعقد الإداري خصائص في إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص إذ ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيود منها ما يتعلق بشكل العقد وموضوعه والنصوص التي تتضمنه ومنها ما يتعلق بحرية اختيار الشخص الذي تريد جهة الإدارة

---

(١) المادة ١٥/أ/ب من نظام اللوازم الأردني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٣.

التعاقد معه ذلك بأنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون ويشترط في البعض الآخر عرضها على الهيئة التشريعية وصدور قانون بشأنها يضاف إلى هذا أن الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص معينة تفرضها القوانين واللوائح وعليها كذلك أن تسلك سبلا معينة للتعاقد وتتبع إجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد كما أن من العقود الإدارية ما يجب من ــ حيث الشكل ــ أن يكون مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص .." (١)

في الأردن قيد المشرع حرية جهة الإدارة عند إبرامها عقداً إدارياً بعدة قيود هي:

١) **الإذن المالي**

اشترط المشرع الأردني على جهة الإدارة أخذ موافقة البرلمان وإجازته على عقد القرض العام عندما نص على: "المعاهدات والاتفاقات التي يترتب عليها تحميل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو مساس في حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط السرية في معاهدة أو اتفاق ما مناقضة للشروط العلنية" (٢)

"كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون" (٣)

والإدارة لا تستطيع أن تتعاقد وان تلتزم بمبالغ معينة إلا إذا وجد الاعتماد المالي اللازم ومع ذلك فالإدارة غير ملزمة بالتعاقد رغم وجود الإعتماد المالي إذا رأت أن عدم التعاقد يحقق الصالح العام، أما إذا تعاقدت الإدارة رغم انتفاء الاعتماد المالي أو عدم كفايته أو تجاوزت الغرض المقصود فيه فتصرفها لا يبطل العقد رغم مخالفتها

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي – الأسس العامة – مرجع سابق، ص ٢٢٦.
(٢) المادة ٣٣ من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.
(٣) مادة ١١٧ من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.

للأمور المالية[1].

وتتحمل المسؤولية نتيجة خطئها والحكمة في ذلك المحافظة على الغير حسن النية الذي تعاقد معها لأن العقود الإدارية روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية إضافة إلى عدم زعزعة الثقة في الإدارة وعزوف الآخرين عن التعاقد معها وذلك يؤكد استقلالية القانون الإداري عن القانون المالي رغم الصلة الوثيقة بينهما ونتيجة ذلك فإن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور على نطاق القانون المالي[2].

٢) القيد الثاني الذي يرد على حرية الإدارة هو أسلوب اختيارها للمتعاقد معها وقد سبق بيان ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل وأكتفي بذلك خشية التكرار.

٣) القيد الثالث هو الاختصاص

فالإدارة لا تستطيع إبرام عقود إدارية إذا لم يكن أجاز لها المشرع ذلك بنص صريح وجزاء مخالفة ذلك هو البطلان المطلق لأن الاختصاص من النظام العام الذي لا يجوز مخالفة قواعده أو الاتفاق على عكسها.

المشرع الأردني حدد الجهة الإدارية المختصة في إبرام العقود الإدارية عن طريق الممارسة أو الاختيار المباشر "المفاوضة والتلزيم" بمجلس الوزراء والوزراء والأمناء العامين للوزارات.[3]

٤) قيد الشكليات

الأصل في العقود الإدارية هو إخضاعها لقاعدة الحرية ولكن من المسلم به هو أن الكتابة لا تلتزم إلا حيث يشترطها المشرع صراحة. [4]

ورغم هذه القاعدة المسلم بها فإن الواقع العملي يدل على عكس هذه القاعدة لأن مجال الكتابة في العقود الإدارية مجال واسع جدا فعلى الإدارة أن تلتزم بمبدأ الكتابة في

(١) جيز – العقود الإدارية – الجزء الأول – سنة ١٩٦٣ – ص ١٥.
(٢) دي لوبادير – العقود الإدارية – جزء أول – مرجع سابق – ص ١٤٣.
(٣) المادة ٢١/أ ، ب من نظام الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧.
(٤) دي لوبادير – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٤٥.

العقود الإدارية والتي غالباً ما يعبر عنها بدفاتر الشروط، وبتشكيل لجان إذا نص على ذلك المشرع أو بإتباع إجراءات محددة. وقد نص المشرع الأردني على: "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد" (١)

وفي فرنسا نص المشرع على شكليات وإجراءات محددة أوجب على الإدارة إتباعها وعدم مخالفتها وقد كشف الواقع العملي هناك أن تعدد دفاتر الشروط التي تتناول عقوداً بعينها واختلافها باختلاف الوزارات والمصالح قد يسبب أضراراً وإرباكات في العمل، لأجل ذلك اتجه المشرع الفرنسي لتوحيد دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تتناول عقوداً بعينها بالنسبة إلى جميع الوزارات والمصالح في الدولة وقد صدر مرسوم في ١٦ يناير ١٩٤٧ بإنشاء لجنة عليا للعقود العامة تكون مهمتها تحقيق التوحيد المشار إليه.(٢)

والقضاء الفرنسي يرتب على الشكل الكتابي للعقود الإدارية نتائج هامة ويعتبر أن العقد المكتوب ثابت التاريخ لا يمكن إنكار ما يجيء به إلا عن طريق الطعن بالتزوير ويترتب على مخالفة الشكل الكتابي في عقود الإدارة بطلان تلك العقود(٣).

وفي مصر فقد اقتفى كل من المشرع والقضاء الإداري المصريين أثر المشرع والقضاء الإداري الفرنسيين وأوجبا التقيد بالشكل الكتابي لكثير من العقود ورتبا نتيجة هامة هي بطلان العقد غير المكتوب(٤).

ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٢ يونيو ١٩٥٧ تقول ".. كما أن من العقود الإدارية ما يجب ـــ من حيث الشكل ـــ أن يكون مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن العقود المدنية .. وبأن الشروط

---

(١) المادة ٢/١٠٥ – القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي – الأسس العامة – مرجع سابق – ص ٣٢٠.
(٣) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٣٧٣.
(٤) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

الاستثنائية لا يجب حتماً أن تكون شروطاً رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان وقت إبرام العقد بل قد يفرضها عليهما القانون سلفاً ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام"(١).

المبحث الثالث

سلطات الإدارة وامتيازاتها في مواجهة المتعاقد والتزاماتها نحوه

يعترف القانون والقضاء الإداريان للإدارة بسلطات وامتيازات متعددة أثناء ممارستها لنشاطها خاصة في العقود الإدارية ويبرر ذلك استهداف الإدارة للصالح العام فيما تقوم به من أعمال وتسهيل مهمتها وإزالة العوائق التي قد تعترضها ولتعلق العقود الإدارية بالمرافق العامة.

إلا أن هذه السلطات والامتيازات التي تحظى بها الإدارة وإن كان هدفها تحقيق الصالح العام وتغليبه على المصالح الفردية وضمان سير المرافق العامة ليست مطلقة ولا يجب التضحية بحقوق الفرد وحريته، بل أن الإدارة تخضع في تصرفاتها للقانون وللأفراد حق مقاضاتها إن خالفت القانون وتجاوزت مبدأ المشروعية.

وتتمثل سلطات وامتيازات الإدارة في العقود الإدارية "التي لا مقابل لها في العقد المدني بين الأفراد وتعتبر خروجاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" بمظاهر أربعة هي: (٢)

أولاً: حق الإدارة في الرقابة والإشراف على المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزامه

ثانياً: حق الإدارة في تعديل شروط العقد والتزامات المتعاقد سواء بالنقص أو الزيادة

ثالثاً: حق الإدارة في توقيع جزاءات مختلفة على المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته العقدية

رابعاً: حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد

وما يجدر ذكره وأود الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذه السلطات والامتيازات

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

(٢) دي لوبادير – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٣٦٠ .

المستعملة للاطمئنان على جودتها وإجراء التحريات وتلقي الشكاوى من المنتفعين بخدمات المرفق والبت فيها. وتكون الرقابة بهذا المعنى مكملة لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم أي ممهدة لتسلم العمل عند إتمامه.

وفي الحقيقة فإن الرقابة تتجاوز هذا المعنى الضيق أو الأعمال المادية إلى المعنى الواسع للرقابة وهي صورة الأعمال القانونية المتمثلة بالتعليمات والأوامر التنفيذية "القرارات الإدارية" والإنذارات التي توجهها الإدارة للمتعاقد، فالإدارة لها حق التدخل في أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض الأوضاع في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد ولها أن تطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعاقد بحيث تصبح الرقابة والحالة هذه بمثابة توجيه للملتزم(١).

ورب سائل يسأل عن حق الإدارة في الرقابة والتدخل في أوضاع تنفيذ العقد في حال عدم وجود نص صريح في العقد أو في القوانين والأنظمة يبين مدى سلطة الإدارة في الرقابة.

لا شك أن للإدارة حق الرقابة بمعناها الضيق المقتصرة على الأعمال المادية ولها ممارستها ولو لم ينص على ذلك في العقد أو القوانين والأنظمة، وللإدارة أيضاً حق الرقابة والتدخل في أوضاع التنفيذ لأن أساس الرقابة كما سلف القول هو تعلق العقد بالمرافق العامة وتحقيق الصالح العام وإن اختلفت هذه الرقابة في مداها واتساعها باختلاف طبيعة العقود الإدارية، فأكثر ما تكون اتساعا في عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة حيث تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في الرقابة فيما يتعلق باختيار المواد وطرق التنفيذ لأن الإدارة هي صاحبة المشروع ولها الحق في توجيه التنفيذ. وتضيق الرقابة في عقد التوريد حيث تضعف الصلة بين تنفيذ الالتزام وبين سير المرفق العام والأصل أن يستقل المورد باختيار طريقة التنفيذ ما لم ينص العقد على خلاف ذلك وهذا ما يسلم

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي – الأسس لعامة – مرجع سابق – ص ٤٥٦ و ٤٥٧.

به مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري المصري.[1]

وما يجب التأكيد عليه أن سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد مهما اتسع مداها فإنها ليست مطلقة بل مقيدة ويجب أن لا تتجاوز حدوداً معينة وتقف عند حد عدم تغيير طبيعة العقد وان لا تستخدم لتحقيق غرض غير تسيير المرفق موضوع العقد.

الفرع الثاني

حق تعديل العقد الإداري[2]

من المسلم به أن العقود تلزم كل طرف في مواجهة الآخر وتكون بمثابة التشريع في حق من عقدوها ويجب احترام نصوصها من قبل المشرع الذي لا يستطيع من حيث المبدأ أن يعدلها أو يحدث بها أي تغيير وكذلك من جانب القاضي الذي يجب عليه أن يبحث عن الإرادة المشتركة لأطرافها ليلزم الطرف الذي يحاول أن يتخلص من التزاماته بالتنفيذ ولا يستطيع أحد المساس بالعقد وشروطه ألا عن طريق عمل جديد صادر عن إرادة الأطراف المتعاقدة.

لكن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص وقاعدة ثبات عقد القانون المدني تقابلها قاعدة عدم ثبات العقد الإداري وحق الإدارة في تعديل بعض شروط العقد وتغيير التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان بإرادتها المنفردة ولو لم يرد نص في العقد يخولها هذه السلطة إذا اقتضى ذلك التعديل ضمان سير المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة[3].

ويعتبر ذلك خروجا على المبدأ الأساسي في العقد المدني وهو عدم المساس

---

(١) بيكينو – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٣٦٣.

(٢) انظر الدكتور علي الفحام – سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – دراسة مقارنة ١٩٧٦ – القاهرة – ص ٦٢ وما بعدها.

(٣) جيز – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٣١٩.

بالقوة الملزمة للعقد المبرم بين الأطراف.

ويعترف المشرع بسلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد الإداري لمقتضيات المصلحة العامة ويكاد يجمع الفقه والقضاء الإداريان على هذه السلطة. حتى أن الأقلية من بعض الفقهاء الذين ينكرون على الإدارة فكرة سلطتها في التعديل وهاجموا هذه الفكرة مثل الفقيه L'Huillier الذي يقول أن سلطة الإدارة في التعديل من خلق الفقهاء وان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يؤيدها، عاد هذا الفقيه ووقع في التناقض حين يقرر أن سلطة التعديل لا تتمتع بها الإدارة إلا بمقتضى نص في التشريع أو في العقد ذاته، (ومن المسلم به أن طبيعة العقد باعتباره عقداً تأبى هذا الشرط وان شرط التعديل لا يكون مشروعاً إلا في العقد الإداري نظراً للطبيعة الخاصة لهذا العقد وتمتعه بقدر من المرونة)، أما قوله بأن سلطة التعديل لا يقرها قضاء مجلس الدولة الفرنسي ولا يؤدي هذا الحق ففيه مبالغة لأن الحقيقة التي أكدها الفقهاء أن سلطة التعديل تستند إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي رغم أن هذا القضاء أصبح نادراً في الوقت الحاضر كما يقول الفقيه دي لوبادير نظراً لأن العقود الإدارية قد جرت على النص على سلطة التعديل وعلى رسم حدودها مما ضيق من مجال القضاء في هذا الصدد(١).

وهنا يبرز التساؤل التالي: هل تملك الإدارة سلطة التعديل إذا لم يرد عليها نص صريح في العقد؟

يجيب الرأي الراجح في الفقه الإداري الفرنسي أن الإدارة تملك هذه السلطة وهذا الحق موجود مستقلاً عن النص الوارد بخصوصه في العقد وأنه إذا نص عليه في العقد فإن النص يكون كاشفاً لهذه السلطة لا منشئاً لها وإنما يكرسها وينظم ظروف ممارستها، ومع ذلك فإن هذا الرأي الذي يعترف للإدارة بهذه السلطة الخطيرة والتي تعتبر من الشروط الاستثنائية لا يجعل من هذا الحق سلطة مطلقة تهدد قاعدة إلزام

---

(١) دي لوبادير – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٣٢٣.

العقد واتصاله بالمرفق العام[1].

وفي مصر فقد نص المشرع المصري على هذا الحق بقوله "تحتفظ الوزارة أو المصلحة العامة بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود ١٥% في عقد التوريد و٣٠% في عقود توريد الأغذية و٢٥% في عقود الأعمال دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك".

"على المقاول أن ينهي جميع الأعمال الموكول إليه تنفيذها بما في ذلك أية زيادات أو تغييرات تصدر بها أوامر من الوزارة أو المصلحة العامة أو السلاح بمقتضى ما يكون مخولاً لها من حقوق في العقد"[2].

كذلك القضاء الإداري المصري استقرت أحكامه على خق الإدارة في تعديل العقد كما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ التي تقول فيه: "ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه في العقد وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين وذلك لان طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ''ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصاله بالعقد الإداري '' ومن هنا ثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى

(١) الدكتور سليمان الطماوي – مرجع سابق – ص ٤٥٨ وما بعدها.
(٢) المادتين ٨٧ و ٩٣ من لائحة المناقصات والمزايدات.

النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه اعتماداً بأن هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل .. يضاف إلى هذا أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام"[١].

وحق الإدارة في ممارسة سلطة التعديل في العقود الإدارية يتخذ صوراً عدة.[٢]

فالإدارة لها سلطة تعديل حجم أو كمية الأداءات أو الأشياء محل العقد سواء كان هذا التعديل اتخذ صورة التعديل الكمي بزيادة التزامات المتعاقد أو إنقاصها مثل زيادة عدد الحجرات للمبنى المقرر إنشاؤه أو إلغاء حجرات في عقود الأشغال العامة أو صورة التعديل النوعي وذلك دون زيادة التزامات المتعاقد أو إنقاصها مثل تبديل قاعة المكتبة بقاعة للمحاضرات في عقد أشغال خاص ببناءٌ لإحدى كليات الجامعة.

وقد يكون التعديل في طرق التنفيذ بأن تستعمل وسائل فنية حديثة أو أكثر اختصاراً أو أكثر تقدماً من التي نص عليها العقد.

وأخيراً للإدارة حق تعديل الفترة الزمنية لتنفيذ العقد باختصارها أو مدها أو بإنهاء مدة العقد إذا اقتضى ذلك الصالح العام وسير المرفق العام.

وفي ضوء هذه السلطة للإدارة (في التعديل) لا يجوز للمتعاقد معها أن يدعي الجهل بسلطتها في فرض تعديلات من جانبها على التزاماته وهو مكلف بتنفيذ ما تأمر به دائماً.[٣]

والسؤال الذي يطرح نفسه: هل سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة مطلقة من كل قيد تستعملها كيفما شاءت وفي أي وقت تشاء دون ضوابط أو

(١) القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ قضائية، وزارة التموين ضد السيد محمد محمد خليل – السنة ١١ ص ٩٠ أشار إلى ذلك الدكتور سليمان الطماوي في كتابه الأسس العامة – مرجع سابق – ص ٤٦١ .

(٢) الدكتور نواف كنعان – مرجع سابق – ص ٣٥٦.

(٣) الدكتور علي الفحام – مرجع سابق – ص ٥٣ وما بعدها.

المنفردة مطلقة من كل قيد تستعملها كيفما شاءت وفي أي وقت تشاء دون ضوابط أو حدود تقف عندها؟

إن المسلم به أن سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرفق العام وتحقيق الصالح العام فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري.

وقد ذكر الفقه والقضاء الإداريان بعض الشروط التي يتعين على الإدارة مراعاتها واحترامها عند ممارستها لحقها في التعديل بإرادتها المنفردة وهذه الشروط هي:

أولا: أن تطرأ مستجدات وظروف جديدة بعد إبرام العقد تسوغ هذا التعديل وتبرره بحيث لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى التعديل دون تغير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها وهذا مقتضاه مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل بقصد أداء الخدمة العامة على أتم وجه.

لكن هل تستطيع الإدارة ممارسة سلطة التعديل إذا لم تتغير الظروف وأخطأت في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة ولم تقدرها التقدير السليم في العقد؟

بعض الفقهاء ومنهم الدكتور ثروت بدوي يجيب بالنفي عن ذلك ويرى أن على الإدارة أن تتحمل نتيجة خطئها[1] .

"ورغم اعتراف الدكتور ثروت بأن رأيه هذا يخالف الفقه الحديث في فرنسا وقضاء محكمة القضاء الإداري المصرية فإن هذا الرأي يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل المرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة".

ثانيا: على الإدارة أن تحترم مبدأ المشروعية عند ممارستها سلطة التعديل بحيث يصدر التعديل من جهة مختصة بإجرائه ووفق الإجراءات الشكلية المقررة

---

(١) الدكتور ثروت بدوي – نظرية فعل الأمير بالفرنسية – باريس – رسالة دكتوراه ١٩٥٥ – ص ١٠١.

يتمسك ببطلان إجراءاتها.

ثالثا: أن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام ولا تملك الإدارة سلطة التعديل في الشروط التي لا صلة لها بالمرفق.

وسلطة الإدارة في التعديل تختلف قوة وضعفا وفقا لمدى صلة العقد بالمرفق العام، فهي في عقد الامتياز أقوى وأوسع منها في عقد التوريد وفي عقد النقل أوسع منها في عقد القرض العام[١] وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ بقولها: ".. إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل يرد عليها قيود منها أن تقتصر على نصوص في العقد المتصلة بسير المرفق العام ومقتضياته ومنها أنها لا تطبق بقدر واحد في جميع العقود بل تختلف باختلاف العقود على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق بمعنى أنه إذا كانت هذه السلطة تبرز في عقود الالتزام اعتباراً بأن للإدارة الاختصاص الأول والأصيل في تسييرها فإنها تكون في أضيق الحدود حيث يكون موضوع العقد مساهمة من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن في عقود التوريد"[٢].

رابعا: على الإدارة أن تحرص عند ممارستها سلطة التعديل على عدم قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب بحيث يؤدي التعديل إلى تغيير جوهري في العقد ويقلبه إلى عقد جديد ما كان يقبله المتعاقد لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة، وعلى الإدارة أن تحترم المقابل المالي للعقد وان لا تمسه بالتعديل.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى هذا الشرط بحكمها الصادر في ١١ نيسان ١٩٧٠ حيث تقول: "كما أن لها – الإدارة – سلطة تعديل

---

(١) الدكتور توفيق شحاده – النظرية العامة في العقود الإدارية – الجزء الأول – القاهرة ١٩٦٣ – ص ٧٩٤.

(٢) الدكتور أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ٢٣١.

العقد بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي"(١).

في الأردن حدد المشرع الأردني نطاق وحدود سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد إذا اقتضت ظروف المشروع وتنفيذه ذلك.

فقد نص المشرع على: "وجوب مراعاة الإدارة المتعاقدة عدم إجراء أي تعديل أو إضافة أو تغيير في شكل الأشغال أو نوعها أو كمياتها أو في حجم الخدمات الفنية أثناء التنفيذ .. واعتبر عملاً إضافيا كل تعديل أو إضافة أو تغيير تقتضيه ظروف المشروع وتنفيذه إذا قدمت الإدارة مبررات القيام بالأعمال الإضافية والأوامر التنفيذية وفقا للصلاحيات الواردة بالنظام وبحسب حجم التجاوز في قيمة الأعمال الإضافية"(٢).

كذلك نص المشرع على: "أنه يجوز للجنة العطاءات أن تنقص أو تزيد الكميات المطلوبة في دعوة العطاء قبل الإحالة دون الرجوع إلى المناقص أو بعد الإحالة بموافقة المتعهد على أن لا يتجاوز مجموع الزيادة أو النقصان ٢٥% سواء قبل الإحالة أم بعدها"(٣)

الفرع الثالث

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها (٤)

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء على المتعاقد معها إذا قصر أو أهمل في تنفيذ التزاماته وأساس هذه السلطة هو ضمان سير المرفق العام الذي يتصل به العقد الإداري وامتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة وأهمها التنفيذ المباشر إضافة إلى نصوص العقد.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٦٧.
(٢) المادة ٢٢ من نظام الأشغال الحكومية .
(٣) المادة ٥٥ من تعليمات العطاءات رقم ١ لسنة ٩٤ وتعديلاتها.
(٤) انظر الدكتور عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٥، دار الفكر العربي.

وبعض الفقهاء الفرنسيين ومنهم الفقيه "شينو" ينكر على الإدارة حقها في ممارسة التنفيذ المباشر في نطاق العقود الإدارية بفرض الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لأنه يعتقد أن امتياز التنفيذ المباشر يعتبر أثرا من نظام الإدارة القاضية وان الانتقادات التي كان شأنها التخلي عن هذا النظام يجب أن تؤدي إلى اختفاء امتياز التنفيذ المباشر، ويرى أن هذه العقود ملزمة فقط في حدود ما أتت به نصوصها من اشتراطات، فإذا خلت هذه النصوص من شرط يضمن للإدارة الحق في تطبيق الجزاء بنفسها دون اللجوء إلى قاضي العقد فإنه يصبح من الواجب عليها أن تتبع طريق الأصل وهو طريق القضاء خاصة وان الإدارة باعتبارها الطرف الأقوى في العقد تستطيع أن تضمن العقد الشروط التي تراها محققة لمصلحة المرفق العام وبذلك تكون قد ضمنت لنفسها حق التنفيذ المباشر من العقد ذاته.(١)

والفقهاء المصريون يسلمون بحق الإدارة في التنفيذ المباشر بفرض الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى القضاء ودون النص على ذلك في العقد، إلا أنهم يختلفون في الأساس القانوني لهذا الامتياز، فمنهم من يرى أن الأساس القانوني هو وجوب سير المرفق العام ومن هؤلاء الفقهاء الدكتور توفيق شحادة والدكتور طعيمة الجرف والدكتور فؤاد العطار، أما الرأي الأخر للفقهاء المصريين فيرى أن الأساس القانوني لامتياز الإدارة بالتنفيذ المباشر هو فكرة السلطة العامة لارتباطها الوثيق بالعقد الإداري ومن هؤلاء الفقهاء الدكتور ثروت بدوي والدكتور كامل ليله والدكتور أحمد عثمان عياد (٢).

ويمكن إرجاع اختلاف وجهات النظر بين الفقهاء حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض جزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها في حال تقصيره أو إهماله عند تنفيذ التزاماته التعاقدية إلى اختلاف هؤلاء الفقهاء في تحديد أساس القانون

---

(١) الدكتور عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها.
(٢) الدكتور عبد المجيد فياض، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

الإداري هل هو قانون ممارسة السلطة العامة أم هو قانون المرافق العامة.

وفي الأردن استقرت أحكام القضاء الأردني على أن الأساس الذي تستند إليه الإدارة في توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها المقصر أو المهمل في تنفيذ التزاماته التعاقدية هو المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة. .

ففي حكم لمحكمة العدل العليا تقول فيه: "يتسم العقد الإداري بطابع خاص يجعله مستقلاً عن العقد المدني إذ أنه يقوم على إشباع احتياجات المرفق العام حتى يسير بانتظام فإذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن من حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ العقد وفقاً لمصلحة المرفق العام .. إن جهة الإدارة وهي توقع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بشروط العقد تهدف المصلحة العامة وكفالة حسن سير المرافق العامة وإنجاز الأعمال المطلوبة على أحسن وجه" (١).

يؤيد الباحث الرأي الفقهي الذي يرى أن الأساس القانوني لامتياز السلطة العامة في التنفيذ المباشر في فرض الجزاءات على المتعاقد معها المقصر أو المهمل بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء هو فكرة المرفق العام وضمان سيره بانتظام لتأمين تقديم خدماته للجمهور لتحقيق الصالح العام وحتى تتحاشى الإدارة بطء الإجراءات القضائية مع التسليم بحق المتعاقد باللجوء إلى القضاء إن تجاوزت الإدارة حدود المشروعية وأساءت استعمال سلطتها بفرض جزاء غير صحيح.

والإدارة تمارس هذه السلطة دون أن تثبت أن ضرراً قد لحق بها جراء تقصير المتعاقد معها لأن الضرر في هذه الحالة مفترض ولا يجوز إثبات عكسه وللإدارة كذلك حق توقيع الجزاءات ولو لم ينص عليها في العقد لأن سلطة الإدارة في هذا المجال من النظام العام لا يجوز تركها أو الاتفاق على عكسها، والجزاءات في نطاق العقود الإدارية تختلف عن نظيرتها في العقود المدنية لاختلاف الهدف في كل منهما ولاختلاف

---

(١) قرار رقم ٩٧/١٨١ تاريخ ١٩٩٧/٩/٢٤ المجلة القضائية – المعهد القضائي الأردني – المجلد الأول ١٩٩٧ العدد الثالث ص ٤٩٣.

النظام القانوني الذي يحكم كلا العقدين.

فهدف الجزاءات في القانون المدني هو العقوبة على التقصير من قبل الطرف الذي لا ينفذ التزاماته بينما في العقود الإدارية فالهدف من الجزاءات إضافة إلى العقوبة فهو المحافظة على سير المرفق العام بانتظام لتقديم خدمته للجمهور ولتحقيق الصالح العام.

والجزاءات في العقد المدني تخضع لشكليات وإجراءات محددة مثل إثبات الضرر والالتجاء للقضاء على عكس الجزاءات في العقد الإداري التي تتخذها الإدارة مباشرة دون الالتجاء للقضاء وذلك للسرعة والليونة التي يستلزمها حسن سير المرفق العام ودون إثبات الضرر فهو في العقد الإداري خطأ مفترض.

كذلك استقرت أحكام القضاء الأردني على أن الخطأ الذي يلحق بالإدارة نتيجة تأخر المتعاقد من تنفيذ التزاماته أو أهمل أو قصر في تنفيذها هو خطأ مفترض.

فقد نص حكم محكمة التمييز الأردنية على: "يعد الضرر الذي يلحق بالإدارة العامة نتيجة تأخر المتعهد بتوريد المواد أو البضائع المحالة عليه والتي التزم بتوريدها بموجب عقد إداري ضرراً مفترضاً غير قابل لإثبات العكس نظراً لطبيعة العقد وعلاقته بالصالح العام ولما له من تأثير في حسن سير المرفق العام"(1).

وقد استقر الفقه والقضاء الإداريان على أن للإدارة حق ممارسة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند تقصيره وإهماله في تنفيذ التزاماته ولو لم ينص العقد على ذلك رغم أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي حتى بداية القرن العشرين كان المبدأ المقرر لديه أن العقد الإداري يستقل وحده ببيان جزاءاته ونتيجة ذلك لم يكن مسموحاً للإدارة بتطبيق جزاء من خارج العقد إلا جزاء الفسخ(2).

وقد تمثل ذلك في حكمين شهيرين لمجلس الدولة الفرنسي حينما أجاب بالنفي

---

(1) قرار رقم ١٩٩٦/١٩٢٥ تاريخ ١٩٩٦/٦/١٨٩، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٨، ص ١٤٢٨.
(2) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٤٩٧ وما بعدها.

على التساؤل المطروح آنذاك وهو: أيحق لقاضي العقد أن يحكم ضد المتعاقد مع الإدارة بتعويض طبقاً للمادة ٢٤١١ من القانون المدني الفرنسي بسبب عدم تنفيذه التزاماته دون وجود شرط صريح في العقد ينص على هذا الجزاء؟

فقد ذكر المجلس في حكمه الصادر في ١٥ يوليو ١٨٨١ "أنه من ناحية عدم تنفيذ الشركة الملتزمة لالتزاماتها في عقد الالتزام فإنها لا تلتزم بأن تؤدي أية تعويضات للإدارة بسبب ذلك ما دام أن هذا العقد ينص صراحة على مجرد غرامات تتطبق في حالات عدم تنفيذ الالتزامات التي ينص عليها وإسقاط الالتزام طبقاً لشكليات معينة ومصادرة التأمين المدفوع".

والحكم الثاني الصادر في ١١ يناير سنة ١٨٨٤ في قضية Level وفيه يقول: "تطبيقاً للمادة ٣٧ من دفتر الشروط يمكن الحكم ضد الملتزم بإسقاط التزامه لعدم تنفيذه الالتزامات المختلفة المفروضة عليه حيث إن عقد الالتزام لم ينص على أي جزاء آخر يطبق في حالة ما إذا كان الملتزم لم يبدأ الأعمال خلال سنة ابتداء من قرار المنطقة العامة ولا يمكن لجهة الإدارة أن تطالب بتعويضات ·· بما هو خارج عن نصوص دفتر الشروط ومن ثم تكون المحكمة الإقليمية قد استجابت دون حق إلى طلب التعويض المقدم من جهة الإدارة".

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن نظريته هذه التي لم تكن تجيز تطبيق جزاء غير عقدي من خلال حكمه الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٠٧ حيث قرر فيه صراحة: "ولو أن دفتر شروط الالتزام لم ينص على جزاء للوقائع المنسوبة للمقاول بصيغة صريحة فإنها تعتبر مع ذلك من جانب هذا المقاول بمثابة عدم تنفيذ لالتزاماته ومن طبيعة تبرر منح تعويض لمدينة نوزرن نظراً للضرر الذي لحقها من جراء ذلك"(١).

وبذلك سمح المجلس وفق هذا الحكم بتطبيق جزاء التعويض بناءً على القواعد

---

(١) أشار إلى هذه الأحكام الدكتور أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ٣٣٦.

العامة في نطاق العقود الإدارية رغم أنه لم يكن منصوصا عليه في العقد وهذا تطور محمود من القضاء بأن أجاز للإدارة وبإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء – ولكن تحت الرقابة القضائية بطبيعة الحال – فرض جزاءات على المتعاقد معها عند تقصيره وإهماله في تنفيذ التزاماته ولو لم ينص العقد على ذلك وذلك لحسن سير المرفق العام بانتظام وهذا ما يخالف القواعد المقررة في القانون الخاص التي تعتبر منح التعويض بواسطة القاضي خصيصتها الجوهرية(١).

وفي مصر استقر القضاء الإداري المصري في أحكامه على الأخذ بهذه المبادىء وذلك كما هو مجمل في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ حيث تقول فيه: "أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي فحسب وإنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد يوجب توقيع الجزاءات ومن هذه الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الإدارة نفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد بتنفيذه إلى شخص آخر ويتم هذا الإجراء على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد مع الإدارة فيتحمل نتائجه المالية وثالث هذه الجزاءات حق الإدارة في الفسخ أيْ إلغاء العقد بدون الالتجاء إلى القضاء وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة تقصيراً جسيماً .. بل لا بد لصيانة الصالح العام والأمن العام من وجود جزاءات رادعة يجري توقيعها على المتعهد المتخلف أو المقصر دون إتباع أي قواعد أو إجراءات ضيقة أو بطيئة كقواعد القانون المدني لأن قواعد هذا القانون لا تستقيم مع السرعة والليونة التي يستلزمها حسن سير المرافق العامة .." (٢).

وفي الأردن تملك الإدارة بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء سلطة توقيع

---

(١) الدكتور علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٣٥٢.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٩٨.

الجزاءات المنصوص عليها في نظامي الأشغال الحكومية واللوازم عند إخلال المتعاقد بالتزاماته.

فقد نص المشرع على حق الإدارة في توقيع جزاء مصادرة كفالة المناقصة إذا لم يقدم المناقص الذي تقرر إحالة العطاء عليه كفالة حسن التنفيذ خلال أسبوعين من تاريخ تبليغه بذلك تمهيدا لتوقيع العقد. وتتم مصادرة الكفالة بقرار من الإدارة عن طريق التنفيذ المباشر دون الالتجاء إلى القضاء.

كذلك أجاز المشرع الأردني لجهة الإدارة المختصة بتنفيذ الأشغال على حساب المتعاقد مع الإدارة بالطريقة التي تراها مناسبة.

كما نصت تعليمات تنظيم العطاءات على أنه إذا نكل المتعهد عن تنفيذ التزاماته بموجب العقد أو قصر في ذلك أو تأخر في تقديم اللوازم المحالة عليه فإن للجنة العطاءات شراء اللوازم على حسابه ونفقته وتحميله فروق الأسعار والنفقات الإضافية وأي خسارة أو مصاريف أو عطل أو ضرر يلحق بالإدارة المستفيدة دون الحاجة إلى أي إنذار ولا يحق للمتعهد الاعتراض على ذلك(١).

وأخيرا أجاز المشرع الأردني للإدارة حق توقيع جزاء فسخ العقد والمطالبة بالتعويض عند اللزوم إذا تنازل المتعاقد معها لأي شخص آخر عن كل أو أي جزء من العقد دون الحصول على إذن خطي من لجنة العطاءات التي أحالت العطاء وذلك لأهمية الاعتبار الشخصي في هذه العقود من حيث الكفاءة المالية والفنية وحسن السمعة والجنسية(٢).

وفي حكم لمحكمة التمييز الأردنية تقول: "إن تعليمات العطاءات رقم (١) لسنة ١٩٩٤ الصادرة بالاستناد إلى المادة ٢٣ من نظام اللوازم لسنة ١٩٩٣ قد وضعت لتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على من يرتبط مع الإدارة العامة بأحد العقود

---

(١) المادة ٦٨ من تعليمات تنظيم العطاءات.

(٢) المادة ٦٧ من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات.

الإدارية التي تتمتع فيها الإدارة بامتيازات وحقوق بهدف تحقيق الصالح العام وعليه فتكون مصادرة الإدارة العامة لجزء من كفالة المتعهد في أحد عقود التوريد تسديداً لالتزامات ذات المتعهد المترتبة عليه تجاه الإدارة بموجب عقد آخر من عقود التوريد ليس إلا تطبيقاً لأحكام نظام اللوازم وتعليمات العطاءات الصادرة بموجبه وعلى الأخص المادة ٧٢ من تعليمات العطاءات والتي منحت الإدارة هذا الامتياز خدمة للصالح العام، وبما أن شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة ٣٤٣ من القانون المدني لا تنطبق على وقائع الدعوى طالما أن هناك قواعد إدارية هي الأولى بالتطبيق عليها فيكون استبعاد محكمة الاستئناف للقواعد الإدارية المذكورة وتطبيق قواعد المقاصة المدنية على الدعوى والحكم بعدم أحقية الإدارة بمصادرة كفالة المميز ضدها لعدم توفر شروط المقاصة المدنية فيها مخالف للقانون" [١].

لكن وإن كانت الإدارة تستطيع فرض الجزاءات بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء تحاشياً لبطء الإجراءات القضائية إلا أن عملها يخضع للرقابة القضائية، إذ لو يسمح للإدارة أن تنفذ قراراتها بإرادتها المنفردة كيفما شاءت دون الخضوع للرقابة القضائية لاعتبر ذلك اعتداءً فعلياً على حقوق وحريات الأفراد[٢].

والسؤال الذي يطرح نفسه في مجال حق الإدارة ممارسة توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء على المتعاقد معها في حال تقصيره أو إهماله أو تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية هو: هل يحق للإدارة ممارسة هذا الامتياز دون أعذار المتعاقد أم عليها واجب إنذاره والالتزام بذلك؟

يجيب على هذا التساؤل القضاء الإداري الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة الذي يفرض على الإدارة كقاعدة عامة أن تنذر المتعاقد المخطىء وأن تنبهه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء وإلا اعتبر الجزاء باطلاً وذلك من خلال حكمه الصادر في ١١ تموز

---

(١) حكم رقم ٩٨/١٩٢٥ تاريخ ١٩٩٩/٤/١١، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٩، ص ٣٧٤٠.
(٢) الدكتور خالد الزعبي، القرار الإداري، مرجع سابق، ص ٢١٨.

١٩٤١ في قضية Grenouiller.[١]

ورغم أن مجلس الدولة الفرنسي يقر هذه القاعدة العامة إلا أنه وضع عليها استثناءات تعفي الإدارة من إنذار المتعاقد المخطىء مثل:

١) إذا تضمن العقد شرطا بهذا المعنى.

٢) إذا ورد نص في القوانين أو دفاتر الشروط يجيز ذلك.

٣) حالة الضرورة الملحة مثال ذلك تسليم المشتريات المتعلقة بالمجهود الحربي في مواعيدها، فمجرد حلول الموعد يعتبر بذاته أعذارا للمتعاقد بالوفاء[٢].

وفي مصر أقر القضاء الإداري المصري هذه القاعدة العامة والزم الإدارة بأعذار المتعاقد المخطىء قبل توقيع الجزاء عليه لكنه استند في ذلك إلى قواعد القانون المدني.

ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري الصادر في ٢١ يونيو ١٩٥٣ تقول فيه: "والأصل أن تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشىء حقا في التعويض إلا بأعذار الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة ... ٢١٨ من القانون المدني الجديد"[٣].

وفي العراق الزم المشرع العراقي الإدارة إنذار المتعاقد المخطىء قبل توقيع الجزاء عليه.

ففي حكم لمحكمة التمييز العراقية الصادر في ١٩٧١/٦/٢٦ تقول فيه: "وجد أن المادة ٤/ذ من الشروط العامة للمقاولات نصت على أنه إذا ارتكب المقاول تقصيراً خطيراً أو لم ينفذ أمرا تحريريا بموجب هذه المادة بعد إمهاله مدة معقولة أو إذا عجز بعد إنذاره تحريريا عن المباشرة على تسليم المواد بشكل يحبط الغاية من المقاولة

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي – مرجع سابق – ص ٥٠٦ وما بعدها.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٠٧.

(٣) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٠٦.

فللمهندس أن يلغي المقاولة بعد مضي سبعة أيام على إنذاره ومصادرة تأميناته .." [1].

أما موقف الفقه من أعذار المتعاقد المخطىء قبل توقيع الجزاء عليه فقد شكك البعض منهم في ضرورة الأعذار من قبل الإدارة للمتعاقد المخطىء قبل توقيع الجزاء عليه في بعض الجزاءات مثل جزاء وضع المشروع تحت الحراسة، ومن أنصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي جيز [2].

موقف المشرع والقضاء الأردني

لدى استعراض النصوص القانونية الأردنية المتعلقة بهذا الموضوع يتبين أن المشرع الأردني تارة يعفي الإدارة من وجوب إنذار المتعاقد المخطىء قبل توقيع الجزاء عليه وتارة أخرى يلزمها بذلك.

فالمادة ٦٨ من تعليمات العطاءات رقم "١" لسنة ١٩٩٤ تنص على: "إذا نكل المتعهد عن تنفيذ التزاماته بموجب العقد أو قصر في ذلك أو تأخر في تقديم اللوازم المحالة عليه للجنة العطاءات شراء اللوازم أو الخدمات موضوع العقد .. على حسابه ونفقته دون الحاجة إلى أي إنذار ولا يحق للمتعهد الاعتراض على ذلك".

أما المادة ١/٦٣ من دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية ـ الجزء الأول ـ الشروط العامة ١٩٩٦ أوجبت على الإدارة إنذار المقاول خطيا لمدة ١٤ يوما قبل أن تقصي المقاول عن المشروع وتحل محله بأن تكمل الأشغال التي قصر في تنفيذها أو تتعاقد مع مقاول آخر لغاية إكمالها.

وكذلك نصت المادة ٧٠ من دفتر عقد المقاولة على:

"إذا تأخر المتعهد عن تنفيذ ما التزم به في الموعد المحدد بالعقد فللجنة العطاءات أن تفرض عليه غرامة مالية بصرف النظر عن الضرر الناشيء عن التأخير في التنفيذ لا تتجاوز ٠٫٠٥٪ (نصف بالمائة) من قيمة اللوازم التي تأخر المتعهد في توريدها

---

(١) الدكتور محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٣ وما بعدها.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٠٦.

من كل أسبوع أو جزء من الأسبوع وفي جميع الأحوال للجنة الحق بشراء اللوازم التي تأخر في توريدها على حسابه دون سابق إنذار وتحميله فروق الأسعار".

والمادة ٧١ من الدفتر المشار إليه تنص على: "لا يحول توقيع الغرامة الواردة في المادة ٧٠ دون حق الدائرة ذات العلاقة في الرجوع على المتعهد بقيمة العطل والضرر الناتج عن تأخير المتعهد في تنفيذ ما التزم به دون سابق إنذار على أن يتم إعلام لجنة العطاءات بقيمة العطل والضرر إن وجدت".

ويتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يتدارك هذا التضارب في النصوص التشريعية ويوحدها بوجوب إلزام الإدارة بإنذار المتعاقد المخطىء قبل توقيع الجزاء عليه في جميع العقود الإدارية وذلك أدعى للعدالة وتحقيقا للصالح العام.

أما القضاء الأردني فقد استقرت أحكامه على مسايرة القضاء الإداري الفرنسي والمصري بإلزام الإدارة بإنذار المتعاقد المخطىء قبل توقيع الجزاء عليه إلا إذا وجد نص في العقد أو في القوانين والأنظمة يعفيها من هذا الالتزام.

وفي حكم لمحكمة التمييز "حقوق" تقول فيه: "إذا كان العقد يحتوي على شرط مقتضاه أنه لا حاجة إلى الأخطار إذا لم يقم المتعهد بالشيء الذي تعهد به يعمل بهذا الشرط ولا يكون هناك ضرورة للأخطار في إلزام المتعهد بضرر المتعاقد الآخر وذلك عملاً بنص المادة ١٣٦ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية"(١).

ومن الجزاءات التي تستطيع الإدارة توقيعها على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء:

الجزاءات المالية مثل غرامة التأخير ومصادرة التأمين :

والتعويض المالي لا يعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني ولا يحكم به القاضي إلا إذا ثبت الضرر ويقدر التعويض وفق

---

(١) حكم رقم ١٩٨٥/٣٨٠، تاريخ ١٩٨٥/٦/١٣، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٨٦، ص ١٢٩٤.

جسامة الضرر الذي تتحمله الإدارة مع مراعاة الأخطاء المتبادلة بين الطرفين وللإدارة إن تحدده مقدماً مع حق المتعاقد أن ينازع في هذا التقدير أمام القضاء وللإدارة أن تترك تقديره للقضاء أيضاً.

الجزاءات الضاغطة أو المؤقتة وتهدف الإدارة من ورائها إلى إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية لتحقيق الغاية من التعاقد وهي ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار.

ومن هذه الجزاءات وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة إلى عقد الامتياز وحلول الإدارة محل المتعاقد في عقد الأشغال العامة والشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد.

التنفيذ على حساب المتعاقد ويختلف شكل هذا الجزاء باختلاف نوع العقد المبرم مع الإدارة، ففي عقد الالتزام تحل الإدارة نفسها محل المتعاقد أو تعهد به إلى غير المتعاقد معها في عقود الامتياز والأشغال العامة. أما في عقد التوريد فتلجأ الإدارة إلى الشراء على حساب المتعهد، وفي عقد الأشغال العامة أجاز المشرع للإدارة تنفيذ الأشغال على حساب المتعاقد معها بالطريقة التي تراها مناسبة. علماً أن هذا الإجراء لا يعني إنهاء العقد الأصلي لأن فسخ العقد أو إلغاءه يمثل كل منهما جزاءً مستقلاً عن جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد.

جزاء فسخ العقد وهذا الجزاء يعد الأخطر والأشد الذي تملك الإدارة حق ممارسته لأنه يضع نهاية حاسمة للعقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها وتستطيع الإدارة ممارسة هذا الحق سواء أنصَّ عليه العقد أم لم ينص وأساس ذلك سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد شريطة أن يقع خطأ جسيم من المتعاقد معها كأن يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة ورأت الإدارة أن لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد بحيث لا يجدي مع ذلك إمهاله أو أعذاره مرة أخرى.

وفي كل الأحوال تبقى سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات خاضعة للرقابة القضائية إذ يجوز للمتعاقد معها اللجوء إلى القضاء لضمان عدم تعسف الإدارة في استعمال حقها أو غلوها في فرض الجزاءات غير الملائمة مع الخطأ، إلا أن سلطة القاضي ليست واحدة في رقابته على توقيع هذه الجزاءات.

فالجزاءات المالية يستطيع القاضي أن يحكم بردها أو الإعفاء منها أو تخفيضها على حسب الأحوال، وبالنسبة للجزاءات الضاغطة فالقاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها لكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات.

وفي فرنسا قيد المشرع الفرنسي الإدارة عند ممارستها لسلطتها في فسخ عقد الامتياز فقط بعدة قيود مثل أن يكون الفسخ بحكم قضائي وذلك لخطورة هذا الجزاء كما سلف القول وأن يسبق الفسخ أعذار المتعاقد إضافة إلى أن يكون الفسخ نتيجة لخطأ جسيم ارتكبه المتعاقد.

أما الجزاءات الجنائية [1] فالأصل والقاعدة الأساس هي أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وهذه القاعدة هي التي تحكم موضوع الجزاءات الجنائية في العقود الإدارية. وبالتالي فالإدارة لا تستطيع ولا يجوز لها أن توقع عقوبة جنائية على المتعاقد معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبها ومع التسليم بسلطة الإدارة تضمين عقودها الإدارية شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص إلا أن تلك الشروط لا يمكن أن تصل إلى حد النص على عقوبة جنائية حتى لو قبلها المتعاقد فإنها تعتبر باطلة لأنها تخالف النظام العام.

إلا أن الإدارة تستطيع في بعض الحالات الاستثنائية أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقد معها المقصر والمهمل لكن مرجع ذلك نصوص القوانين والأنظمة التي تنشيء مثل هذا الجزاء وليست سلطة الإدارة المستمدة من العقد بصفتها طرفاً فيه بل بصفتها سلطة عامة وعلى الإدارة أن تلجأ إلى الطريق المقرر لتوقيع تلك العقوبات وأن

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٥٥٩.

لا توقعها بنفسها إلا إذا نص القانون على ذلك.

وقد ينص القانون على اعتبار خطأ معين من أخطاء المتعاقد جريمة يعاقب عليها جنائيا ومثال ذلك المادة ١١٦ مكرر (ج) من قانون العقوبات المصري التي تنص على: "كل من أخل بمبدأ تنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة .. ويترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن .. وكل من استعمل أو ورد بضاعة مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي عقد من العقود سالفة الذكر يعاقب بالحبس والغرامة".

وفي العراق لم يعالج قانون العقوبات العراقي هذه المسألة، لكن هناك بعض القرارات الصادرة عن مجلس قيادة الثورة أعطت الإدارة الحق في اتخاذ بعض التدابير الجنائية ضد المتعاقدين معها بغية حملهم على تنفيذ التزاماتهم على الوجه المطلوب، من ذلك قرار رقم ١٣ تاريخ ١٩٦٩/٦/٢١ وقرار رقم ١٣٣٣ تاريخ ١٩٨٤/١٢/٤ الذي أعطى للوزراء ومن هم بدرجتهم والمحافظين سلطة حجز المقاولين العراقيين لمدة لا تزيد عن أسبوعين عند ثبوت تقصيرهم في تنفيذ المشاريع والأعمال المحالة لعهدتهم دون عذر مشروع[١].

وفي الأردن أقر المشرع الأردني حق الإدارة في ممارسة فرض جزاءات جنائية على المتعاقد معها إذا قصر أو أهمل أو غش في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

فقد نص المشرع على: "من لم ينفذ في زمن الحرب أو عند توقع نشوبها جميع الموجبات التي يفرضها عليه عقد أو تعهد أو استصناع أو تقديم خدمات تتعلق بالدفاع الوطني ومصالح الدولة العامة أو تموين الأهلين فيها يعاقب بالاعتقال المؤقت وبغرامة تتراوح من خمسين ديناراً إلى مائتي دينار" [٢].

كذلك نص المشرع على فرض هذه العقوبات على الشخص الذي يتسبب في عدم

---

(١) الدكتور محمود خلف الجبوري – مرجع سابق – ص ١٢٨

(٢) المادة ١٣٣/أ – قانون العقوبات الأردني .

تنفيذ العقد أو في تأخير تنفيذه.

كما فرض المشرع في المادة ١٣٤ من القانون السالف الذكر عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وغرامة تتراوح من مائة دينار إلى مائتي دينار أردني على كل من يرتكب غشاً في الأحوال نفسها بشأن العقود المشار إليها في المادة السابقة.

يرى الباحث وجوب تطبيق هذه الجزاءات على الأشخاص المذكورين في المادتين السابقتين عند عدم تنفيذ التزاماتهم التعاقدية أو ارتكابهم غشاً عند تنفيذها أو يتسببون في عدم تنفيذها أو التأخير في التنفيذ في جميع الظروف وأن لا يقتصر ذلك على زمن الحرب أو توقعها ما دام أن هذه العقود تتعلق بالمرافق العامة وتقديم خدمة للأهلين وتتعلق بالدفاع الوطني ومصالح الدولة، ويتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يتدارك ذلك بالنص عليه صراحة.

أما التزامات الإدارة تجاه المتعاقد معها فسأبحثها تفصيلاً في مبحث لاحق عند بيان حق المتعاقد قبل الإدارة لأن حقوق المتعاقد هي التزامات الإدارة نحوه وذلك خشية التكرار.

الفرع الرابع

حق الإدارة في إنهاء العقد دون خطأ المتعاقد

يحق للإدارة إنهاء العقد الإداري من قبلها ولو لم ينص على ذلك العقد أو القوانين والأنظمة، وقد سلم القضاء الإداري في مصر وفرنسا بهذا الحق على أن تتقيد الإدارة إن لجأت إلى إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد بشروط عدة أهمها أن يكون رائدها في ذلك تحقيق الصالح العام وأن تستجد ظروف جديدة تستدعي إنهاء العقد كأن ترى الإدارة أن العقد أصبح غير ذي فائدة للمرفق العام أو لا يحقق المصلحة العامة.

والأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد معها هو السلطة العامة التي تسعى من خلالها لتحقيق المصلحة العامة ومقتضيات المرفق العام وهذا

ما أيده بعض الفقهاء مثل الفقيه الفرنسي بيرنيه[1].

وبعض الفقهاء ومنهم الدكتور أحمد عثمان عياد يرى أن الأساس القانوني لإنهاء الإدارة العقد دون خطأ المتعاقد هو السلطة العامة باعتبارها سلطة إدارية أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة [2].

والرأي الفقهي الثالث يقول بأن الأساس القانوني لإنهاء الإدارة العقد دون خطأ المتعاقد معها هو فكرة السلطة العامة وفكرة مقتضيات المرافق العامة معا، ومن أنصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي دي لوبادير والدكتور ثروت بدوي، وكان من أنصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي فيدل إلا أنه عدل عن هذا الرأي وأخذ بفكرة مقتضيات المرافق العامة[3].

ومجلس الدولة الفرنسي أيد فكرة السلطة العامة وصالح المرافق العامة[4].

كذلك القضاء الإداري المصري استقرت أحكامه على مبدأ السلطة العامة ومصالح المرافق العامة لإنهاء الإدارة العقد دون خطأ المتعاقد معها كما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا التي تقول فيه "أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام"[5].

(١) الدكتور محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص ٥٤، والدكتور علي الفحام، مرجع سابق، ص ١٤٨ و ١٤٩.

(٢) الدكتور أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(٣) الدكتور محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٤) حكم المجلس الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦، المجموعة، ص ١١٢٨، أشار إلى هذا الحكم الدكتور أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

(٥) حكمها الصادر في ٢٠ نيسان ١٩٥٧ في القضية رقم ١٥٢٠ لسنة ٢٣ القضائية، المجموعة، ص ٩٣٧، أشار إلى هذا الحكم الدكتور محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص ٦٠.

الفصل الثاني

الآثار القانونية للعقد الإداري

الفصل الثاني

الآثار القانونية للعقد الإداري

لقد علمنا أن النظام القانوني الذي يحكم العقد الإداري غير النظام القانوني الذي يحكم العقد المدني رغم أن كلاً من العقدين الإداري والمدني عبارة عن توافق إرادتين والتقائهما على إنشاء التزام أو نقله.

من هنا نجد أن القوة الملزمة للعقد المدني لا تتجاوز أطراف العقد والتزامهما بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه تحديداً دون زيادة أو نقصان وفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وإن كان أثر العقد المدني يمتد إلى الخلف العام أو الخاص اللذين لا يعتبران من الغير وفق أحكام القانون الخاص إلا في حالات استثنائية مثل الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير ــ مع التفصيل الوارد في كتب الفقه المدني(١).

إلا أن العقد الإداري يرتب أثراً ويلزم أطرافاً غير أطراف العقد "الإدارة والمتعاقد معها".

أما الأساس القانوني لامتداد آثار العقد الإداري إلى الغير فيوجد خلاف فقهي حوله، فمن الفقهاء مثل الفقيه دي لوبادير يرى أن الاشتراط لمصلحة الغير المقررة في القانون الخاص هي التي تبرر امتداد آثار بعض العقود الإدارية إلي غير المتعاقدين إذا توافرت شروطها، كأن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد وأن يشترط المشترط على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع وأن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية سواء أكانت مصلحة مادية أم أدبية(٢).

ومن الفقهاء من يرى أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وإن كانت تصلح

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٥٤٠ وما بعدها.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٤٠ وما بعدها.

إدارية أخرى إلا إذا كانت كل جهة منها تابعة لشخص معنوي مستقل، فالوزارات لا تعتبر من الغير بالنسبة للدولة لأن كل وزارة لا تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الدولة لكن المحافظات والمراكز والمدن والهيئات العامة تعتبر من الغير بالنسبة إلى الدولة وبالنسبة إلى العقود التي يبرمها كل شخص عام من هذه الأشخاص(١).

وقد يرتب العقد الإداري التزامات على الغير بما يخول المتعاقد مع الإدارة أحياناً من استعمال بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الأفراد مثل حق نزع الملكية للمنفعة العامة وحقه في منع الأفراد من الانتفاع بالمال العام الذي يضع يده عليه.

المبحث الأول

حق المتعاقد قبل الإدارة

لقاء امتيازات وسلطة الإدارة الخطيرة في مواجهة المتعاقد معها يتمتع هذا المتعاقد بحقوق اعترف بها الفقه والقضاء الإداريان بهدف تمكينه من الاستمرار بالوفاء بالتزاماته التعاقدية وضمان سير المرفق العام وتقديم خدماته للجمهور.

وعند تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مع الإدارة سواء كان مصدر هذه الالتزامات هو العقد أم النصوص الآمرة في القوانين والأنظمة التي تحكم العقد أو العرف والعادات المرعية في العقود ذات الصلة بالأوضاع التجارية مثل عقد التوريد أو القرارات الإدارية الصادرة من جهة الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد، فمن حقه أن يحصل على مقابل إزاء تنفيذه هذه الالتزامات لأن القواعد التي تحكم العقد "سواء أكان إدارياً أم مدنياً" أن مقابل كل التزام حق، لذلك فإن التزام المتعاقد مع الإدارة المتمثل بالتنفيذ السليم وبعناية وفق الشروط المحددة في العقد أو أي مصدر آخر والتزامه بحسن النية في التنفيذ وعلى مسؤوليته الخاصة وأن يقوم بالتنفيذ شخصياً لما للاعتبار الشخصي من

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٥٩.

أهمية في العقد واحترامه للمدد المحددة للوفاء بالتزامه وعدم امتناعه عن التنفيذ بحجة تقصير الإدارة ما دام تنفيذ الالتزام ممكنا "إن كان له الحق المطالبة بالتعويض عن تقصيرها إذا كان له مقتضى أو ما يبرره". يقابل كل ذلك حقوق للمتعاقد قد تكون حقاً مالياً مثل الراتب في عقد التوظيف أو الثمن في عقد التوريد أو الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين في عقد الامتياز أو الفوائد في عقد القرض العام وقد يكون الحق مجرد بعض امتيازات السلطة العامة تخوله إياها الإدارة كنزع الملكية للمنفعة العامة والضبط الإداري وقد يكون الحق بعض التسهيلات الائتمانية لتسهيل حصوله على الأموال اللازمة لتسيير المرفق أو تخصص لمشروعه بعض الأموال العامة أو الخاصة المملوكة للإدارة وتضعها تحت يده أو تمنحه احتكاراً قانونياً بأن تلتزم بعدم الترخيص لغيره بممارسة النشاط الذي يقوم به تنفيذاً لعقد الالتزام. وأياً كان هذا الحق فإن أساسه العقد أولاً ثم اتصال العقد بالمرفق ولأن الإنسان يسعى إلى الربح دائماً لذلك قرر القضاء الإداري وخاصة الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة حقوقاً للمتعاقد ما يوازن سلطات الإدارة الخطيرة حتى لا تؤدي تلك السلطات والامتيازات إلى تهيب الأفراد في الإقدام على التعاقد معها فتفقد وسيلة من أفضل الوسائل في تسيير المرافق العامة.

وحقوق المتعاقد مع الإدارة هي :

أولاً: الحق في احترام الإدارة لالتزاماتها العقدية.

ثانيا: الحق في الحصول على مقابل مالي المتفق عليه في العقد.

ثالثا: التوازن المالي للعقد والتعويض.

الفرع الأول

حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية

تنشأ عن العقد الإداري التزامات متبادلة بين طرفيه ولئن كانت هذه الالتزامات غير متكافئة حيث ترجح كفة امتيازات الإدارة على كفة حقوق المتعاقد معها لان الإدارة تهدف إلى تحقيق الصالح العام، لكن هذا لا يعني أنه ليس على الإدارة التزامات نتيجة لإبرام العقد مع الآخرين أو أنها تستطيع أن تتنكر لالتزاماتها العقدية وأن تتحلل من تنفيذها، فالعقد الإداري يلزم الإدارة كما يلزم الأفراد ضمن الحدود التي تفرضها طبيعة العقد الإداري وأن المتعاقد معها يستطيع أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتنفيذ الإدارة لالتزاماتها أن هي قصرت في تنفيذها.

ويترتب على مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية توقيع جزاءات عليها ولكن هذه الجزاءات ليست بكثرة ولا تتنوع كتنوع الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها المخطىء، فالمتعاقد لا يستطيع توقيع الجزاءات الضاغطة ولا الجزاءات الجنائية على الإدارة كذلك لا يستطيع المتعاقد أن يوقع الجزاء بنفسه إلا عن طريق القضاء ولا يستطيع أن يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون المدني وبالتالي لا يحق له أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا رفع دعوى لفسخ العقد انتظاراً للفصل في الدعوى بحجة أن الإدارة قصرت من جانبها في تنفيذ ما يفرضه عليها العقد من التزامات إلا إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ.

وبعض الفقهاء يرى أن المتعاقد يحق له الدفع بعدم التنفيذ إذا كان ذلك لا يؤثر على سير المرفق العام ومن أنصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي de soto [١].

وبهذا المعنى أخذت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧١ الذي تقول فيه:

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٧٣.

"أنه وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد .. ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها"[1].

فمن حق المتعاقد أن تعمل الإدارة على تنفيذ العقد المبرم معه بمجرد إبرامه من قبل السلطة المختصة مع مراعاة طبيعة العقد مع أن بعض العقود الإدارية مثل عقد طلب المعاونة لا تلتزم الإدارة بتنفيذه بمجرد إبرامه إلا إذا رأت أن الصالح العام يقتضي هذا التنفيذ.

وعند تنفيذ الإدارة للعقد يتعين عليها احترام كافة الشروط الواردة فيه، ومن أكثر الشروط التي تعرض لها القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا هو شرط المنافسة إلا إذا تغيرت الظروف وتطلب الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بدل الغاز. كما بينه في حكمه مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢١ نيسان ١٩٥٠ في قضية Nuncie [2].

ولقد أكدت هذا المبدأ أيضا محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١١ آذار ١٩٦٥ الذي تقول فيه: "متى كان من الثابت أن الترخيص الممنوح لاستغلال مبنى المقصف بالميناء الجوي إنما يستهدف غرضا أساسيا وتنصب أحكامه وبنوده على هذا الغرض وهو خدمة ركاب الترانزيت العابرين فإن الحكومة إذا عهدت إلى إنشاء مقصف آخر لهذا الغرض وعهدت باستغلاله إلى ملتزم آخر فإنها تكون بذلك قد حالت من جهتها بين الملتزم الأول وبين تنفيذ التزاماته التي يتضمنها ترخيصه مخالفة بذلك ما يجب عليها قانونا من احترام شروط الترخيص وما تفرضه عليها

---

(١) مجموعة أحكام القضاء الإداري المصرية السنة العاشرة، ص ٢٣٩

(٢) أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٦٨.

المبادىء القانونية العامة من التعاون في تنفيذه ومن عدم وضع العقبات والمنافسات في سبيله .. وبذلك تلتزم بتعويض المرخص له نظير ما أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لمبادىء الترخيص وشروطه"(١).

كذلك من حق المتعاقد أن تنفذ الإدارة التزاماتها العقدية بطريقة سليمة وما يقتضيه مبدأ حسن النية وأن تعمل على تنفيذ العقد بأكمله ولا يجوز لها أن تسحب جزءاً من العقد وتعهد به إلى متعهد آخر أو أن تنفذ العمل بنفسها بغير خطأ أو تقصير من المتعاقد.

وعلى الإدارة احترام المدد المقررة في العقد سواء ما يتعلق بالمدد الإجمالية لتنفيذ العقد بأكمله أم بالمدد الجزئية لتنفيذ الالتزامات الجزئية مثل المدد المقررة للبدء بالتنفيذ أم المدد المقررة كموعد لتسليم الموقع لملتزم الأشغال العامة أم المدد المحددة لتسليم الثمن بالنسبة لما يتم إنجازه من عمل أم ما يورد من بضائع.

وفي الأردن نجد أن القضاء الزم الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية مع مراعاة ما يقتضيه طبيعة العقد الإداري، ففي حكم لمحكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٩٦/٨٢٥ تاريخ ١٩٩٦/٦/١٩ الذي ألزمت فيه الإدارة احترام المدد المقررة في العقد ومنعتها من فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها لتأخره في التنفيذ بسبب خطأ الإدارة. إذ تقول في الحكم: "إذا تضمن عقد التوريد أنه في حالة تأخير تبلغ الاعتماد المستندي المصدر لمدة تزيد عن عشرة أيام من تاريخ توقيع عقد التوريد فإن مدة التأخير تنسحب على مواعيد الشحن دون غرامات وطالما أن هذا الشرط وضع لمصلحة المحال عليه عطاء التوريد ولا يخالف القانون أو النظام العام فهو ملزم للإدارة وعليه فإن تأخر الإدارة في فتح الاعتماد يوجب احتساب مدة التأخير لمصلحة المحال عليه العطاء دون فرض غرامات عن فترة التأخير في توريد البضاعة الواردة ضمن فترة تأخير فتح الاعتماد"(٢).

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة، السنة العاشرة، ص ٢٣٩ أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٦٨.

(٢) مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة ١٩٩٨، ص ١٤٢٨.

الفرع الثاني

حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي

وهذا الحق من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة على الإطلاق، كونه يسعى إلى الربح أصلاً من خلال تعاقده وقد يكون هذا المقابل المالي راتباً في عقد التوظيف أو الثمن في عقد التوريد أو الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين في عقد الامتياز أو الفوائد في عقد القرض العام. ومن المسلم به فقهاً وقضاءً أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي هي من قبل الشروط العقدية التي لا تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة أن تعدل فيها إلا بالاتفاق مع المتعاقد باستثناء المقابل المالي في عقد الامتياز لأن شروط تحديد المقابل المالي في هذا العقد هي شروط لائحية لا تعاقدية لذلك سمي المقابل المالي "رسماً" لا أجراً وكذلك في عقد التوظيف كونه عقداً تنظيمياً لائحياً أيضاً.

وأساس عدم قدرة الإدارة على تعديل شروط المقابل النقدي في العقد الإداري مرجعه اعتباران[١]:

الاعتبار الأول عملي حتى لا ينفر الأفراد من التعاقد مع الإدارة وتتعطل سير المرافق العامة بما لو أتيح لها أن تعدل في هذه الشروط بإرادتها المنفردة.

والاعتبار الثاني هو اعتبار قانوني حيث أن سلطة الإدارة في التعديل تنص على الشروط المتعلقة بسير المرافق العامة وشروط تحديد المقابل المالي ليس منها.

وإذا كانت الإدارة لا تستطيع بإرادتها المنفردة تعديل هذه الشروط فإن المشرع في فرنسا كثيراً ما يتدخل في تعديل هذه الشروط ومن صور ذلك أن يصدر قانوناً خاصاً بعقد معين أو طائفة معينة من عقود الإدارة متضمناً تعديل أحكامها أو يصدر قانوناً عاماً يعدل العقود بطريق غير مباشر وقد يمنح المشرع الإدارة سلطات خاصة فيما يتعلق بتنفيذ التزاماتها التعاقدية فيمكنها من تعديل تلك الشروط.[٢]

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي – مرجع سابق – ص ٥٨٤.

المبحث الثاني

نفاذ العقد الإداري في مواجهة الغير

الأصل أن العقود تخضع في نطاق القانون الخاص إلى قاعدة نسبية آثارها وإلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وآثار العقد هي نشوء الحقوق والالتزامات التي اتجهت إرادة المتعاقدين إليها وأن هذه الحقوق والالتزامات لا تنشأ إلا في ذمة المتعاقدين دون سواهما.

لكن قاعدة نسبية آثار العقد لا يؤخذ بها على إطلاقها، فقد تترتب حقوق وتنشأ التزامات في ذمة غير المتعاقدين وذلك إما لدواعي العدالة حينما تخل الإدارة بشروط المقاولة الأصلية فينشأ حق للمقاول الثانوي تجاه الإدارة أو إذا تطلب ذلك المصلحة العامة كالاشتراط لمصلحة الغير[١].

ولقد سبق بيان من المقصود بالغير في العقد المدني، فهل يعتبر الغير نفسه في العقود الإدارية؟

هناك خلاف فقهي بهذا الصدد، فمن الفقهاء ومنهم دي لوبادير يرى أن معنى الغير في العقود الإدارية هو ذاته المقرر في عقود القانون الخاص[٢].

بينما يرى بعض الفقهاء الأخرين ومنهم بكينو أن العقود الإدارية تخرج على القاعدة المقررة في القانون الخاص فيما يتعلق بقاعدة نسبية آثار العقود[٣].

ويؤيد الباحث رأي الفقهاء الذين يعتبرون أن الغير في العقد المدني هو ذاته في العقد الإداري على أساس مبدأي العدالة والاشتراط لمصلحة الغير أولا ولاعتبارات عملية لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام الذي يؤدي خدمات لإشباع حاجات الجمهور،

---

(١) الدكتور محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ص ٢١٣ وما بعدها.

(٢) دي لوبادير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) الدكتور محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢١٤ وما بعدها.

ومما يدعم رأي الباحث أن القواعد المطبقة على الغير في العقود الإدارية هي القواعد العامة في القانون الخاص وهذا ما أيده قضاء مجلس الدولة في كل من مصر وفرنسا.

والنتيجة التي يخلص إليها الباحث أن العقود الإدارية ترتب أثراً يتعدى أطراف العقد فينشئ حقوقاً للآخرين "الغير" ويترتب عليهم التزامات، فما هي هذه الحقوق وما هي تلك الالتزامات؟

الفرع الأول

حقوق الغير المستمدة من العقد الإداري

أولاً ــ حق الغير في أن تبرم الإدارة عقودها الإدارية وفق القانون

فالإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها كما سبق ذكره، لكنها مقيدة بنصوص قانونية وتنظيمية، فإذا خرجت الإدارة عن هذه النصوص كما لو استبعدت عطاء أحد الأفراد تعسفاً وبغير مسوغ شرعي جاز لكل ذي مصلحة ــ وهو من الغير ــ أن يطلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إذا ترتب على مخالفة الإدارة للقانون ضرر.

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء ومنهم بيكينو أن الغير يستمد حقه هذا من العقد ومن الفقهاء ومنهم العميد الدكتور سليمان الطماوي يرى أن الغير يستمد حقه من نصوص القوانين والأنظمة لأن الغير الذي يطعن في قرار إداري منفصل لا يستند في الطعن إلى نص في العقد وإنما يستند إلى نصوص القوانين والأنظمة، لأنه لا يستقيم القول بأن الغير يستمد حقه من العقد وهو يهدف بالطعن إلى إلغاء العقد[(١)].

والباحث يؤيد الرأي الفقهي الذي يقول بأن الغير يستمد حقه من نصوص القوانين والأنظمة وليس من نص في العقد وذلك لسلامة منطق هذا الرأي وقوة حجته

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٣٣ وما بعدها.

إذ لا يعقل أن يستمد الشخص حقه من تصرف قانوني "العقد" يراه باطلاً ويطالب بإلغائه.

ثانياً ـ الحقوق التي يستمدها الغير من نصوص العقد المدرجة لصالحه

مثل اشتراط الإدارة على المتعاقد أن يؤمن ضد الأضرار التي قد تصيب الغير جراء تنفيذ العقد لا سيما عقود الأشغال العامة أو أن تضمن الإدارة عقودها شروطاً لصالح العمال الذين يستخدمهم المتعاقد كاشتراطها مثلاً استخدام أعداد كبيرة من العمال وكذلك اشتراط الإدارة على المتعاقد شروطاً لصالح الملاك المجاورين للمكان المخصص لتنفيذ العقود مثل عقد الامتياز وعقد الأشغال العامة مما يتيح لهؤلاء الملاك الاستناد إلى تلك الشروط لحماية مصالحهم.

ثالثاً ـ حق الغير في الانتفاع من خدمات المرفق

من حق الأفراد "الغير" الانتفاع بالخدمات التي يقدمها المرفق بصرف النظر عن وجود عقد بينهم وبين الملتزم ما دامت شروط الانتفاع متوافرة فيهم، فقد يرتبط الملتزم بالمنتفعين بعقود خاصة كما هو الشأن في حالة توريد الماء والكهرباء وقد لا يرتبط المنتفع بالملتزم بعقد خاص ومع ذلك يحق له الانتفاع بخدمات المرفق[1].

ويرى بعض الفقهاء ومنهم الدكتور ماجد راغب الحلو أن المنتفعين بالمرفق يدخلون دائماً في علاقة تعاقدية مع الملتزم وإن لم تظهر بينهم عقود مكتوبة رغم أن الملتزم لا يستطيع أن يرفض تقديم خدماته لمن تتوافر فيه شروط الانتفاع بالمرفق تنفيذاً لعقد الامتياز الذي يربطه بالإدارة لان الملتزم يتقاضى من المنتفع رسوما مقابل ما يقوم به من خدمات وهذه الأداءات المتقابلة "رسوم وخدمات" بين الملتزم والمنتفعين يتمان بالاتفاق والتراضي ورغم ما قد يحيط بالأمر من احتكار إلا أن التراضي على تبادل

(١) الدكتور ماجد راغب الحلو – القانون الإداري – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية ١٩٩٦ – ص ٤٣٦.

الالتزامات أو توافق إرادة الأطراف على إحداث أثر قانوني هو العقد نفسه.

رابعاً ــ حق الغير مطالبة الإدارة بالتدخل

يحق للأفراد المنتفعين وهم من الغير مطالبة الإدارة بالتدخل لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته ومراعاة شروط العقد وهذا الحق ثابت في جميع العقود الإدارية ويزداد هذا الحق وضوحاً في عقد التزام المرافق العامة حيث يلتزم المتعاقد بأن يقدم خدمات المرفق العام للمنتفعين على أحسن وجه وبالأسعار المقررة من قبل الإدارة فإذا اخل بالتزامه جاز للمنتفعين الطلب من الإدارة التدخل لحماية مصالحهم وإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته وإن رفضت الإدارة التدخل صراحة أو ضمناً يحق لهم الطعن بالإلغاء في قرار رفض الإدارة التدخل لمخالفته للقانون.

هذه هي الحقوق التي يتمتع بها الغير نتيجة العقد الإداري، لكن ما هي الالتزامات أو الأعباء التي تترتب على الغير جراء هذا العقد؟

أولاً: لكون العقد الإداري يتصل بتسيير المرفق العام وأن المتعاقد معها يعتبر مساعداً لها أو يعمل نيابة عنها في تسيير المرفق فقد يحتم ذلك أن تمنح الإدارة هذا المتعاقد بعض امتيازات السلطة العامة التي تخوله فرض بعض الالتزامات أو الأعباء على الأفراد وهم ليسوا طرفا في العقد وتتمثل هذه الأعباء في ما يلي:

١) قد تمنح الإدارة المتعاقد معها خاصة في عقد الالتزام أو الأشغال العامة حق الاستيلاء المؤقت أو الحصول على مواد من الأراضي المجاورة أو حق نزع الملكية إذا تطلب ذلك حسن تنفيذ سير المرفق العام الذي يتصل به العقد الإداري وقد تترتب له حقوق ارتفاق على الأملاك المجاورة.

٢) عندما ينص العقد على منح المتعاقد حق استعمال بعض أجزاء الدومين العام استعمالاً خاصاً مما يترتب عليه حرمان سائر الأفراد من الانتفاع بتلك الأجزاء من المال العام أو يفرض قيوداً على هذا الانتفاع.

٣) قيام الملتزم بفرض رسوم أشبه ما تكون بالضرائب على الغير جراء انتفاعهم بخدمات المرفق الذي يديره.

٤) استعمال المتعاقد لسلطات البوليس الإداري تجاه الغير مثل تفتيش العاملين والمنتفعين عند دخولهم موقع العمل وقد يكون من حقه منعهم من الدخول إذا كانت هناك خشية من دخولهم، كما تخوله مسؤوليته عن حفظ النظام في موقع العمل واتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمالة حق إصدار إجراءات وتنظيمات يفرضها على عماله وعلى الغير.

ثانياً: استثناء المتعاقد مع الإدارة من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة فحينما تضمن الإدارة بعض عقودها شروطا تخول المتعاقد معها بعض الامتيازات مثل شروط المنافسة مما يخول المتعاقد حق منع غيره من المواطنين من ممارسة النشاط الذي يمارسه بمقتضى عقده مع الإدارة وهذا لا يتماشى مع قاعدة المنافسة الحرة أو مع المساواة أمام التكاليف العامة عندما تعفيه من بعض أنواع الضرائب بصفة دائمة أو لفترة محدودة.

ثالثا: امتياز التقاضي[(١)]

يرى العميد الدكتور سليمان الطماوي أن من الأعباء التي تترتب على الغير كأثر قانوني لتنفيذ العقد الإداري عبء امتياز التقاضي ويقصد به أن مقاول الأشغال العامة أو الملتزم إذا تسبب في ضرر للغير أثناء تنفيذ التزاماته العقدية فإنه يقاضى أمام المحاكم الإدارية وليس أمام المحاكم العادية.

وهذه الميزة للمقاول أو الملتزم لا تتوافر إلا في عقدي الامتياز والأشغال الحكومية فقط أما باقي العقود الإدارية الأخرى فإن المتعاقد مع الإدارة يقاضى أمام المحاكم العادية حيث أن المضرور يستطيع أن يقاضي الإدارة أو المقاول

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٧٤٢.

في عقد الأشغال العامة باعتبار أن الإدارة هي صاحبة الأعمال والمسؤولة عنها، أما في عقد الامتياز فلا يقاضى المضرور إلا الملتزم ولا يستطيع أن يرجع بالتعويض على الإدارة إلا بسبب إعسار الملتزم.

وهذه الميزة تقتصر على قضاء مجلس الدولة الفرنسي ولا توجد في قضاء مجلس الدولة المصري أحكام بهذا الصدد(١).

رابعاً: في حال انتهاء عقد إداري بسبب تقصير المتعاقد تسري بحقه آثار العقد الجديد المبرم بين الإدارة وشخص آخر فإنه يتحمل فرق السعر بين العقد الجديد والعقد القديم الذي أخل به علماً بأنه لا يكون طرفاً في العقد الجديد.

المبحث الثالث

نهاية العقد الإداري

ينتهي العقد الإداري كغيره من العقود بإحدى طريقتين.الطريقة الأولى نهاية طبيعية والطريقة الثانية نهاية غير طبيعية "نهاية مبسترة".

الفرع الأول

النهاية الطبيعية للعقد الإداري

وتتمثل هذه الطريقة بإحدى صورتين هما :

أولاً: الصورة التي ينتهي بها العقد الإداري نهاية طبيعية هي بتحقق موضوعه أي تنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفيه تنفيذاً كاملاً، فمثلاً عقد الأشغال العامة ينتهي بانتهاء الأعمال المطلوبة من المتعهد وبأداء الثمن من قبل الإدارة كذلك عقد التوريد ينتهي بتسليم البضاعة من قبل المورد وبأداء المقابل أو الثمن من

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٤٢.

قبل الإدارة [1].

ثانيا: الصورة التي ينقضي بها العقد الإداري نهاية طبيعية هي انتهاء مدته المحددة من قبل طرفيه وما يجب التنويه إليه في هذا الصدد أنه يجب التمييز بين حالتين:

١) الحالة الأولى هي العقود الفورية كعقد البيع مثلاً حيث ينتهي العقد بتسليم المبيع من قبل البائع وتسليم الثمن من قبل المشتري أي ينتهي العقد بتحقق موضوعه وتنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفيه.

٢) أما الحالة الثانية فهي العقود الزمنية أي العقود المستمرة التنفيذ حيث يبقى الملتزم مع الإدارة ينفذ التزاماته بعد انتهاء المدة المقررة مما يحق له مطالبة الإدارة بالمقابل لقاء هذه الخدمات، وهنا يجب التمييز أيضا بين حالتين: [2]

أ) حالة الموافقة الصريحة أو الضمنية على تجديد العقد حيث لا تثور صعوبة في الموافقة الصريحة، أما الموافقة الضمنية فقد سلم بها مجلس الدولة الفرنسي إذا كانت ظروف الحال تكشف عن رضاء ضمني من جانب الإدارة والمتعاقد على الاستمرار في التنفيذ رغم انقضاء المدة المتفق عليها في العقد مما يحق للمتعاقد أن يطالب بالمقابل لقاء تنفيذه التزاماته [3].

كذلك أخذ بهذا الرأي القضاء الإداري المصري من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٦ شباط سنة ١٩٧٢ الذي ترى أنه إذا لم يتضمن العقد بيان كيفية تجديده وإذا لم توجد نصوص خاصة في هذا الصدد فانه يتعين والحالة هذه الرجوع في هذا الشأن إلى الأحكام

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٦٣ وما بعدها .

(٢) الدكتور محمد جمال مطلق ذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، الإصدار الأول ٢٠٠٣، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٣) حكم المجلس الصادر في ١٥ يونيو ١٩٥١ في قضية Societe hydraulique Asic ، المجموعة، ص ٣٤٩، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٦٥.

العامة الواردة في القانون المدني وبالتالي فإن المحكمة قد طبقت المادة ٣٦٥ من القانون المشار إليه.[١]

ب) الحالة الثانية حالة استمرار ملتزم المرفق العام في أداء الخدمة المتصلة بالمرفق بشرط حسن النية من جانب الملتزم وثبوت فائدة هذه الخدمات للإدارة لتحقيق الصالح العام وقد سلم بذلك أيضاً مجلس الدولة الفرنسي وعوض الملتزم لقاء هذه الخدمات بصرف النظر عن فكرة التجديد الضمني للعقد[٢].

لكن هنا يثور خلاف فقهي حول الأساس الذي يحق للملتزم أن يطالب بالمقابل لقاء استمراره بتنفيذ التزاماته ويسلم القضاء الإداري في فرنسا بحقه بهذا المقابل.

فمن الفقهاء ومنهم العميد الدكتور سليمان الطماوي يرجع أساس ذلك إلى فكرة "شبه العقد" فيما يرى فقهاء آخرون ومنهم الدكتور محمود خلف الجبوري أن أساس ذلك هو العقد نفسه الذي لا يزال قائماً، وهو سبب استمرار الملتزم بتنفيذ التزاماته ويعزز رأيه بأن الفقه والقضاء هجرا اصطلاح "شبه العقد" منذ زمن.

ويرى الباحث أن أساس مطالبة الملتزم بالمقابل لقاء استمراره بتنفيذ التزاماته وبتسلم الإدارة بدفع المقابل له هي "شبه العقد" وليس العقد نفسه لأن العقد انتهى بتحقق موضوعه وبتنفيذ الالتزامات المتبادلة وبانتهاء مدته المقررة من قبل طرفيه وما الخدمات التي يؤديها الملتزم بعد انتهاء مدة العقد إلا من قبيل الأعمال المكملة التي يتطلبها طبيعة العقد الإداري لاتصاله بالمرفق العام ويعزز

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٦٤ وما بعدها.

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٠ نيسان ١٩٤٢ في قضية Dame Vve Bastit المجموعة، ص ٩٢، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٦٥.

ذلك ما اشترطه مجلس الدولة الفرنسي من حسن نية الملتزم ومن ثبوت فائدة هذه الخدمات للإدارة لتحقيق الصالح العام.

ثالثاً: هناك حالة ينتهي بها العقد الإداري وهو ما يطلق عليه "تعطيل العقد"(١).

ورغم أن فرضية تعطيل العقد نادرا ما تحصل لكنها ليست مستبعدة كلياً، فالتعطيل يمكن أن يكون نتيجة طبيعية لانقضاء عقد إداري آخر مرتبط به بطريقة لا تقبل الفصل، ويتمثل ذلك في قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٧٠/٦/١٩ في قضية بلدية بير ليتانج ضد بلدية مرسيليا وشركة المياه "جاء هذا القرار بخصوص اتفاق بين مدينة مرسيليا وبلدية بير ليتانج وشركة مياه مرسيليا فبموجب هذا الاتفاق وضعت المدينة تحت تصرف البلدية المجاورة كميات المياه اللازمة لهذه الأخيرة وقد كان الاستثمار لمرفق المياه قد فوض لإدارة ريجي مختصة ويتم توزيع العائدات بين الشركاء الثلاثة ونص الاتفاق على إنهاء توزيع العائدات في الوقت الذي ينتهي به عقد الريجي فقررت المدينة والمستثمر باتفاق مشترك إبدال عقد الامتياز بعقد ريجي أساسي فقرر مجلس الدولة أن هذا التجديد أدى لتعطيل الاتفاقية الثلاثية المبرمة"(٢).

الفرع الثاني

النهاية غير الطبيعية أو المبسترة للعقد الإداري

قد لا ينتهي العقد نهاية طبيعية كما هو مبين آنفا، بل قد ينتهي نهاية غير طبيعية وقبل الأوان وذلك في الحالات التالية:

أولا: الفسخ الاتفاقي "التقايل".

ثانيا: الفسخ بقوة القانون.

---

(١) الدكتور خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

(٢) الدكتور خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

ثالثاً: الفسخ القضائي.

رابعاً: الفسخ الإداري.

أولاً: الفسخ الاتفاقي أو ما يسمى بـــ "التقايل" حيث ينفسخ العقد في هذه الحالة نتيجة التقاء إرادة الطرفين على وضع حد له كما اتفقا على إبرامه ولا صعوبة في ذلك. لكن لا بد من موافقة الجهة صاحبة الاختصاص في إبرام العقد وأن تكون إرادتها واضحة لا غموض فيها، وقد يكون الاتفاق على فسخ العقد مصحوبا باتفاق على تعويض المتعاقد عما فاته من كسب نتيجة عدم تكملة العمل بموجب العقد، أو الحكم بعدم تعويضه عن ذلك وفق ما يتفق عليه الطرفان فذلك متروك لحريتهما المطلقة.[1]

ثانياً: الفسخ بقوة القانون، ويتحقق ذلك عندما تتحقق وقائع وشروط معينة حيث ينتهي العقد عند تحقق هذه الواقعة أو ذلك الشرط ومن هذه الحالات:

١) هلاك محل العقد، فإذا هلك محل العقد انقضى العقد بقوة القانون وقد يكون الهلاك بسبب خارجي عن إرادة طرفيه كتدمير محطة القوى "التي أبرم العقد لاستغلالها" نتيجة الحرب وهنا ينقضي العقد دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويضاً بسبب هذا الانقضاء.

وقد يكون انقضاء العقد بسبب الإدارة وهنا يتوجب عليها تعويض المتعاقد معها عن تبعة الهلاك[2].

أما إذا كان انقضاء العقد بسبب إجراء عام من الإدارة فإنها لا تلتزم بالتعويض إلا إذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير التي سأشرحها تفصيلاً في بحث لاحق من هذه الدراسة.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٦٦.

(٢) دي لوبادير، مرجع سابق، ص ١٤٧.

٢) الاتفاق الذي يتم بين طرفي العقد عند إبرامه على الفسخ إذا تحققت شروط معينة حيث يعتبر العقد مفسوخاً تلقائياً عند تحقق هذا الشرط مثل الفسخ إذا توفي المقاول أو أفلس أو في حال وضع أمواله تحت الحراسة القضائية [1].

٣) صدور قانون يقضي بإنهاء بعض العقود لأسباب معينة مثل إنهاء الحرب التي أبرمت تلك العقود لمواجهتها، ومثال ذلك القوانين التي أصدرتها حكومة الثورة في العراق بداية السبعينات والتي ألغت فيها جميع الامتيازات الأجنبية في العراق[2].

ثالثاً: الفسخ القضائي، وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد إلا إذا نطق به القاضي بناءً على طلب أحد طرفيه. والفقهاء يردون أسباب الفسخ القضائي إلى ثلاثة أسباب:[3]

١) القوة القاهرة وهي الحادث الخارجي الذي لا دخل للمتعاقد فيه ويستحيل عليه دفعه ويؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة لهلاك محل العقد، وعندما يحكم القاضي بفسخ العقد يكون حكمه مقرراً لا منشئاً لإنهاء العقد.

والقضاء الفرنسي الإداري المتمثل بمجلس الدولة توسع في نظرية القوة القاهرة وأجاز للإدارة وللمتعاقد معها اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد في حالة الظروف الطارئة إذا تبين لهما أن العقد الإداري لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة وأنه غير قابل للحياة دون هذه المساعدة المستمرة. وعندما يقرر القاضي فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة يمكن أن يكون حكمه مصحوباً بالحكم على المتعاقد بالتعويض نتيجة تعنته وتصرفه الذي أدى إلى الوصول إلى هذه النتيجة. علماً أن الظروف الطارئة لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة وإنما تجعله مرهقاً ولا يجوز للمتعاقد في ظل هذه الظروف إلا المطالبة

---

(١) الدكتور أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٦٣ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٣) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٦٨.

بالتعويض.

الفقيه الفرنسي دي لوبادير يفرق بين حالتين للفسخ القضائي، فبالنسبة للمتعاقد يرى الفقيه أنه يتوجب عليه اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد للقوة القاهرة، أما بالنسبة للإدارة فإنها تستطيع ـ بنظر الفقيه دي لوبادير ـ فسخ العقد بقرار منها بإرادتها المنفردة حيث يصبح الفسخ هنا فسخا إدارياً وهذا ما تقتضيه الطبيعة الخاصة للعقد الإداري التي تستلزم الاستمرار في أداء الخدمة حتى لا يتوقف المرفق مهما كان الثمن[1].

٢) الفسخ القضائي كجزاء على تقصير المتعاقد وخطئه

من أخطر الجزاءات التي تترتب على إخلال المتعاقد تنفيذ التزاماته العقدية جزاء الفسخ الذي يحق للمضرور أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بهذا الحق، ولخطورة هذا الجزاء فلا يجوز اللجوء إليه إلا في حالة الخطأ الجسيم الذي يبرر هذا الجزاء ويجعله مقبولاً حينما لا تجدي الجزاءات الأخرى ولا أمل يرتجى مع هذا الخطأ الجسيم في الاستمرار في تنفيذ بنود العقد دون الإخلال بالحقوق المتقابلة للطرف الآخر.

وفي حال الفسخ القضائي كجزاء على تقصير المتعاقد وخطئه نلاحظ أن موقف الإدارة يختلف عن موقف المتعاقد معها، إذ يجوز للإدارة أن تقدر جسامة الخطأ وتوقع جزاء الفسخ تلقائياً بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء للمطالبة به وإن كان لها الحق أيضا في الوقت نفسه أن تتنازل عن ممارسة حقها في فسخ العقد بإرادتها وتلجأ إلى القضاء كالمتعاقد الآخر كي تضمن عدم رجوعه عليها بالتعويض إذا ثبت أنها قد أساءت استعمال هذا الحق أو استعملته استعمالاً غير مشروع[2].

(١) دي لوبادير، مطوله في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٧.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٧٢.

أما المتعاقد مع الإدارة فلا يحق له أبدا فسخ العقد بإرادته المنفردة نتيجة خطأ الإدارة الجسيم وبالتالي ليس له إلا الرجوع إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد، وترتد آثار الحكم إلى تاريخ رفع الدعوى ويتم الفسخ على مسؤولية الإدارة. وقد سبقت الإشارة إلى أنواع الخطأ الجسيم سواء من الإدارة أم المتعاقد معها الذي يبرر فسخ العقد.

٣) الفسخ القضائي كموازن لسلطات الإدارة

لما كانت الإدارة تملك حق تعديل العقد الإداري وتتمتع بهذا الصدد بسلطات وامتيازات واسعة تقتضيها طبيعة المرفق العام والصالح العام، فلها أن تزيد من التزامات المتعاقد أو تنقصها، فإن للمتعاقد حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد إن تجاوزت الإدارة في تعديلها للعقد حداً معينا وانتهكت مبدأ المشروعية بحيث تؤدي تعديلاتها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد نتيجة تغيير جوهر العقد الأصلي خاصة إذا وجد المتعاقد أن التعويض لا يجديه لمواجهة الظروف الجديدة ويصحب هذا الفسخ عادة الحكم بالتعويض يغطي جميع ما يلحق بالمتعاقد من أضرار وما فاته من كسب حيث أن آثار حكم الفسخ تترتب من تاريخ رفع الدعوى القضائية.

وما يجدر ذكره بهذا الصدد أن المتعاقد لا يستطيع التوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية إلا بصدور الحكم القضائي بفسخ العقد وإلا كان مسؤولاً مسؤولية تعاقدية[1].

٤) الفسخ الإداري

من أهم مظاهر سلطة الإدارة وامتيازاتها في العقود الإدارية مظهر فسخ

(١) الدكتور حسين درويش – النظرية العامة في العقود الإدارية – الطبعة الأولى ١٩٥٨ – ص ٥٧٣.

العقد بإرادتها المنفردة وهذا ما يميز العقد الإداري عن غيره من العقود، وهو من الشروط غير المألوفة في القانون الخاص بالنسبة للعقد المدني.

والفقهاء يميزون بين حالتين من حالات انقضاء العقد الإداري بأسلوب الفسخ.

أ) الحالة الأولى: عندما يرد نص في العقد أو في القوانين والأنظمة على حق الإدارة في فسخ العقد نتيجة ارتكاب المتعاقد معها مخالفة معينة وهذا شيء مألوف ولا يثير صعوبة حتى في نطاق العقد المدني، لكن النص صراحة في العقد على حق الإدارة في فسخ العقد نتيجة ارتكاب المتعاقد مخالفة معينة لا ينكر على الإدارة حقها في أن تلجأ إلى جزاء الفسخ إذا ارتكب المتعاقد مخالفة أخرى غير المنصوص عليها في العقد لأن الإدارة تستمد هذه السلطة من طبيعة العقد الإداري وليس من نصوص العقد ولا يجوز لها ولا تملك أن تتنازل عن هذه السلطة كلياً أو جزئياً، وأن النص في العقد على هذا الحق إنما ينظم شروط استعماله ولا ينشئه وليس في ذلك مجافاة للعدالة ما دام التعويض حقاً ثابتاً للمتعاقد إزاء هذه السلطة.

كذلك قد يرد النص على حق الإدارة في فسخ العقد في القوانين والأنظمة كما هو الحال في نص المادتين ٢٧ و٢٨ من القانون المصري رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الذي يخول الإدارة حق فسخ العقد الإداري في حالات عديدة وكذلك ورد هذا الحق في نصوص لائحة المناقصات والمزايدات المصرية.

ب) الحالة الثانية: فسخ العقد الإداري من قبل الإدارة ولو لم ينص على ذلك العقد أو القوانين والأنظمة، وقد سلم القضاء الإداري في مصر وفرنسا بهذا الحق على أن تتقيد الإدارة إن لجأت إلى فسخ العقد دون خطأ من المتعاقد بشروط عدة أهمها أن يكون رائدها في ذلك تحقيق الصالح العام وأن تستجد ظروف جديدة تستدعي فسخ العقد كأن ترى الإدارة أن العقد أصبح غير ذي فائدة للمرفق العام

أو لا يحقق المصلحة العامة علما أن سلطة الإدارة في هذا المجال ليست سلطة مطلقة وإنما سلطة تقديرية وتخضع للرقابة القضائية إذ يجوز للقاضي أن يبحث في جدية السبب الذي استندت إليه الإدارة في فسخها للعقد وأن يحكم بالتعويض للمتعاقد ولا يجوز له البحث في مدى ملاءمة السبب لفسخ العقد وله الحكم بإلغاء قرار الفسخ إذا تبين له أن قرار الفسخ لا يقوم على سبب مشروع باستثناء عقود الأشغال العامة لأن الإدارة هي صاحبة الاختصاص الأصيل في الأشغال وأن له مطلق الحرية في التصرف بخصوصها وبالتالي ليس للمتعاقد معها سوى التعويض.

وقد نص المشرع الأردني على حق الإدارة في فسخ العقد بغير خطأ المتعاقد بقوله:

"إذا رأى صاحب العمل قبل إنجاز الأشغال موضوع هذا العقد أنه لأسباب خارجة عن إرادة الفريقين أو لأسباب يرى صاحب العمل معها بأن الاستمرار في تنفيذ العقد لا يخدم مصلحته فعندها يحق لصاحب العمل أن يشعر المقاول بذلك ويقرر فسخ العقد أو إلغاء جزء من الأعمال المطلوبة، وإذا ما تلقى المقاول إشعاراً كهذا فإن عليه أن يتوقف حالاً عن العمل حسب تعليمات صاحب العمل وتتم تسوية حقوق المقاول لما تم إنجازه من أشغال وما تكبده من خسارة بسبب الفسخ أو الإلغاء الجزئي وذلك بموجب أحكام هذا العقد"[١].

والأساس القانوني الذي يقوم عليه حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ من المتعاقد يثور حوله اختلاف فقهي، فمن الفقهاء من يرى أن فكرة السلطة العامة هي الأساس القانوني لذلك الحق ومن هؤلاء الفقيه الفرنسي "بيرنيه" والدكتور أحمد عثمان عياد.

---

(١) المادة ١/٨٠ من الشروط العامة – الجزء الأول من دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية.

والرأي الفقهي الآخر يرى أن فكرة المرفق العام هي الأساس القانوني لحق الإدارة وامتيازها في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد ومن هؤلاء الفقهاء العميد الدكتور سليمان الطماوي والفقيه الفرنسي "بيكينو".

والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر سلم بحق الإدارة في إنهاء العقد دون خطأ المتعاقد بناءً على فكرة السلطة العامة (1).

يؤيد الباحث الرأي الفقهي الذي يرى أن الأساس القانون لحق الإدارة في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد يجب أن يرتكز على فكرة المرفق العام وضمان سيره بانتظام واستمرار تقديم خدمته للجمهور لتحقيق الصالح العام والمحافظة على النظام العام.

---

(1) الدكتور محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص ٤٠ وما بعدها.

الباب الثاني

الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري

الفصل الأول: نظرية فعل الأمير

الفصل الثاني: نظرية الظروف الطارئة

الفصل الثالث: نظرية الصعوبات المادية

لانقة [1].

وما يجدر ذكره في هذا الصدد أن حق الإدارة بتعديل قواعد تنظيم استغلال المرفق عند مواجهة المتعاقد صعوبات ومشاكل أثناء تنفيذ العقد الإداري يختلف عن حق الإدارة وامتيازاتها في ممارسة تعديل شروط العقد بزيادة التزامات المتعاقد معها أو إنقاصها، وأياً كان الأمر فإن التزامات المتعاقد تتصف بالمرونة، لذلك نجد أنه من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضاً نظراً للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة والنقصان حسب ما تقتضيه طبيعة المرفق العام فيجب أيضاً أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته[2].

وفكرة التوازن المالي "التي ظهرت لأول مرة في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١١ آذار سنة ١٩١٠ بمناسبة تدخل الإدارة في عقد الامتياز" فكرة مسلم بها بصفة عامة رغم أن مجلس الدولة الفرنسي بما عرف عنه من روح واقعية عملية تستهدف الحكم على كل حالة فردية وفق ظروفها الخاصة لم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول هذه الفكرة ولا توضيح شروط استعمالها ومن ثم فقد اختلف بشأنها الفقهاء[3].

فمن الفقهاء من يرى أنها قاعدة عامة تطبق في جميع الأحوال سواء أكان الاختلال بفعل الإدارة أم بفعل خارج عن إرادتها كظرف استثنائي ومن هؤلاء الفقيهDesoto.

ومن الفقهاء من يرى أن فكرة التوازن المالي للعقد لا تطبق إلا إذا كان اختلال التوازن بفعل الإدارة ومن هؤلاء الفقيه الدكتور ثروت بدوي[4].

(١) الدكتور ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٩٦.
(٢) الدكتور توفيق شحاده، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الأول، القاهرة ١٩٦٣.
(٣) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦١٠ وما بعدها.
(٤) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦١١ ، ٦١٢.

وهناك قسم ثالث من الفقهاء من انتقد هذه الفكرة ونادى بضرورة التخلص منها كونها فكرة خطيرة وغير صحيحة ومن هؤلاء الفقيه الدكتور ثروت بدوي[1].

أما خطورة هذه الفكرة – بنظر الدكتور ثروت بدوي – فمردها إلى الطابع العام الذي يضفيه عليها بعض الفقهاء وإرجاعهم إليها كل تعويض يستحقه المتعاقد حتى لو اختل التوازن المالي بغير عمل الإدارة كما هو رأي الفقيه "سوتو" السابق الإشارة إليه. مع أن فكرة التوازن المالي عاجزة عن تبرير التعويض الناتج عن غير عمل الإدارة.

أما عدم صحة هذه الفكرة فيعود إلى كيفية تطبيق فكرة التوازن المالي لأن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد نتيجة إخلال الإدارة باقتصاديات العقد لا يتطابق في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما روعي عند التعاقد، ويقدم الدكتور ثروت فرضين لتصور هذه الحالة[2].

الفرض الأول: قبول المتعاقد أسعاراً غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه، فإذا تدخلت الإدارة في تنفيذ العقد بعد ذلك فإن القضاء يحكم بالتعويض الكامل على أساس السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة وليس على أساس السعر الذي قبله المتعاقد وقت إبرام العقد، وهذا يصدق أيضاً عند ارتفاع الأسعار بعد التعاقد إذ يضع القضاء في الاعتبار عند الحكم بالتعويض الأسعار الجديدة وليست الأسعار التي أبرم العقد على أساسها.

الفرض الثاني: في حالة إنهاء الإدارة للعقد بلا خطأ من المتعاقد وهو من امتيازات الإدارة وسلطتها في ممارسة حق تعديل العقد الإداري.

ففي هذه الحالة لا يمكن تبرير التعويض الذي يحكم به القاضي بفكرة التوازن المالي للعقد كون العقد غير موجود.

ورغم انتقاد الدكتور ثروت لفكرة التوازن المالي، إلا أنه اعترف بأن هذه الفكرة

---

(١) انظر رسالة الدكتوراه للدكتور ثروت بدوي عن فعل الأمير بالفرنسية سنة ١٩٥٥، باريس.
(٢) الدكتور ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

تصلح لتفسير تعويض المتعاقد في بعض الصور[١].

وهناك قسم آخر من الفقهاء ومنهم العميد الدكتور سليمان الطماوي يرى أن فكرة التوازن المالي للعقد لا تكفي وحدها لتبرير التعويض في جميع الحالات التي يحكم فيها القاضي الإداري بتعويض خطأ من جانب الإدارة، وإن كانت هذه الفكرة تنطوي على حقيقة لا شك فيها ولا يمكن إنكارها. ويمكن رد الأحكام الأساسية لهذه الفكرة إلى القواعد التالية:

أولاً: لا تعني القاعدة التوازن المالي الجامد بين التزامات المتعاقد وحقوقه كما صوره فريق من الفقهاء مثل الفقيه بيكينو بل التوازن الشريف بين هذه الحقوق وتلك الالتزامات.

ثانياً: تعتبر فكرة التوازن المالي للعقد للتعويض الذي يحكم به للمتعاقد إذا كان الضرر ناتجاً عن فعل الإدارة بغير خطأ منها، أما في غير عمل الإدارة فلا تكفي هذه الفكرة لتبرير التعويض.

ثالثاً: يرجع كثير من الفقهاء أساس فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة لطرفي العقد وإن كان هذا التوكيد لا يصدق إلا في حالة النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد وحينئذ نكون أمام تفسير شروط العقد.

رابعاً: في حالة عدم النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة لتوازنه المالي أو الاقتصادي فإن مرجع هذه الفكرة إلى العدالة وصالح المرفق العام.

يرى الباحث أن فكرة التوازن المالي للعقد مرجعها مبدأ العدالة أولاً ثم صالح المرفق العام ومقتضيات العدالة، لأنه طالما أن الإدارة تملك حق تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان فيكون من العدالة تعويض المتعاقد عن كل ضرر يناله من جراء هذا التعديل ليتمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته لضمان سير المرفق

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦١٢.

العام على أحسن وجه ولتشجيع الأفراد على التعاقد مع الإدارة لمساعدتها في أهم واجباتها إلا وهي إدارة المرافق العامة.

وللوقوف على حقيقة نظرية التوازن المالي للعقد نتيجة المخاطر التي تواجه تنفيذه قسمت هذا الباب إلى ثلاثة فصول، خصصت الفصل الأول لنظرية فعل الأمير والفصل الثاني لنظرية الظروف الطارئة، أما نظرية الصعوبات المادية فخصصت لها الفصل الثالث.

الفصل الأول

نظرية فعل الأمير[1]

تعتبر نظرية فعل الأمير من النظريات القضائية التي خلقها القضاء الإداري الفرنسي وأخذ عنه القضاء الإداري المصري ثم أقرها المشرع المصري صراحة في عقد الامتياز[2].

ورغم انتشار هذه النظرية وتداولها في القضاء الإداري وفي كتب الفقهاء الإداريين إلا أنها ما زالت غير واضحة الحدود وكثيراً ما يقع الخلط بينها وبين نظرية الظروف الطارئة[3].

لذلك سأبحث نظرية فعل الأمير في ثلاثة مباحث، حيث أبين في المبحث الأول نشأة هذه النظرية وتطورها ثم بيان الآثار القانونية المترتبة على هذه النظرية في مبحث ثان، أما موقف المشرع والقضاء الأردني من نظرية فعل الأمير فسيكون موضوع المبحث الثالث.

---

(١) انظر رسالة دكتوراه عن فعل الأمير للدكتور ثروت بدوي بالفرنسية، سنة ١٩٥٥، باريس ، والدكتور عبدالعظيم عبد السلا، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.

(٢) الدكتور ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق – ص ٥٩٧.

(٣) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٢٣.

المبحث الأول

نشأة نظرية فعل الأمير وتطورها

علمنا أن نظرية فعل الأمير هي من أقدم النظريات القضائية التي خرجت من رحم قضاء مجلس الدولة الفرنسي وهي خاصة للقانون الإداري وليس لها أية علاقة بالقانون الخاص. والذي يسبغ عليها هذه الصفة الأساسية كونها تضع مسألة تدخل الإدارة المتعاقدة موضع الاهتمام والتساؤل وهذا على عكس ما يحصل في نطاق القانون المدني[١].

ولم يعرف القضاء الإداري المصري هذه النظرية إلا بعد إنشاء مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٦[٢].

فما المقصود بفعل الأمير؟

يكاد يجمع الفقه الإداري على أن فعل الأمير هو: "كل إجراء مشروع يصدر عن سلطة عامة بغير خطأ من جانبها تنجم عنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة في عقد إداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد"[٣].

والقضاء الإداري عرف فعل الأمير تعريفاً لا يخرج عن مجمل ما عرفه الفقه الإداري. فمحكمة القضاء الإداري المصرية عرفت فعل الأمير في حكمها الصادر في ٣٠ حزيران سنة ١٩٥٧ بقولها: "إن المقصود بعبارة فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية وهذه

---

(١) دي لوبادير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦١.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٢٤.
(٣) الدكتور توفيق شحاده – النظرية العامة في العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٥٦١.

الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة" (١).

من الملاحظ من التعريفين السابقين "الفقهي والقضائي" أنه لكي تطبق نظرية فعل الأمير يجب أن تتوافر الشروط التالية:

أولاً: وجود عقد إداري: وقد سبق بيان معنى العقد الإداري فقهاً وقضاءً ومعيار تميزه عن غيره من العقود، لهذا لا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير على العقود المدنية لأن هذه النظرية من الأفكار الإدارية التي لا مقابل لها في القانون الخاص وبالتالي لا تطبق إلا بصدد المنازعات المتعلقة بعقد إداري.

وقد أبرز القضاء الإداري المصري هذا الشرط من خلال حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٣ آذار سنة ١٩٥٧ الذي تقول فيه: "متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استناداً لنظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون .." (٢).

ثانيا: أن يكون الإجراء "عمل الأمير" عن السلطة العامة سواء الجهة المتعاقدة أو غيرها من السلطات.

وبخصوص هذا الشرط هناك خلاف فقهي بصدده، فمن الفقهاء من يقول أن الإجراء قد يصدر عن الجهة المتعاقدة أو من أية سلطة عامة أخرى في الدولة وليس بالضرورة أن يكون الإجراء عن الجهة المتعاقدة نفسها، ومن هؤلاء الفقهاء الدكتور سليمان الطماوي والدكتور توفيق شحادة والدكتور محمد كامل ليله(٣).

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة – السنة ١١ أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي – الأسس العامة – مرجع سابق ص ٦٢٤ وما بعدها.

(٢) مجموعة أحكام المحكمة – السنة ١١ أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي – ص ٦٢٦ وما بعدها.

(٣) الدكتور سليمان الطماوي – الأسس العامة – مرجع سابق – ص ٦٣١ وما بعدها.

والرأي الفقهي الآخر يقول بأن فعل الأمير يجب أن يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة نفسها ومن هؤلاء الفقهاء الدكتور فؤاد العطار والدكتور محمد فؤاد مهنا.

أما القضاء الإداري فقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الحاضر على قصر تطبيق نظرية عمل الأمير على الأعمال التي تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة وحدها، وكان يأخذ بكل إجراء يصدر عن الجهة المتعاقدة أو أية سلطة عامة في الدولة[1].

والقضاء الإداري المصري طبق بعض أحكامه بالأوضاع نظرية فعل الأمير على الإجراء الصادر من السلطة العامة وفي أحكام له أخرى طبقه على الإجراء الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة نفسها.

ففي حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٥ تشرين أول سنة ١٩٦١ تقول فيه: "وحق المتعاقد مع الإدارة في اقتضاء التعويض المتحقق وفقاً لنظرية فعل الأمير مقيدة بوجود ضرر يلحق بالمتعاقد مع الإدارة .. ويجب أن يكون الإجراء عن السلطة العامة" [2].

أما المحكمة الإدارية العليا فتقول في حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١: "إذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري فإن شروط نظرية فعل الأمير هي:

١) "... ٢: أن يكون الفعل الضار من جهة الإدارة المتعاقدة" [3].

يؤيد الباحث الرأي الفقهي الذي يقول بوجوب تطبيق نظرية فعل الأمير على كل إجراء صادر عن السلطة العامة في الدولة أو من جهة الإدارة المتعاقدة نفسها اعتماداً

---

(١) ومن أهم أحكامه في هذا الصدد حكمه الصادر في ٤ آذار سنة ١٩٤٩ في قضية Ville de' Toulon المجموعة، ص ١٩٧، وحكمه الصادر في ١٥ تموز سنة ١٩٤٩ في قضية Ville de' Lbeuf، المجموعة، ص ٣٥٨.

(٢) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري "أكتوبر ١٩٦١ – سبتمبر ١٩٦٦".

(٣) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ٦، أشار إلى هذه الأحكام الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٢٧ .

على مبدأ العدالة ومبدأ تساوي الأفراد أمام الأعباء أو التكاليف العامة خاصة إذا علمنا أن القضاء الإداري الفرنسي الذي خلق هذه النظرية إنما كان هدفه هو مساعدة المتعاقد مع الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد في ظل تزايد نشاط الدولة وبالتالي زيادة المرافق العامة وكثرة صدور القوانين والأنظمة التي غالبا ما تكون بإيحاء من الجهة المتعاقدة نفسها وحتى لا يعزف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة لمساعدتها في تسيير المرافق العامة، فما ذنب المتعاقد معها إذا صدر تشريع من سلطة عامة غير الجهة المتعاقدة وأدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

ثالثا: أن ينجم عن فعل الأمير ضرر يصيب المتعاقد: والفقهاء الذين ينادون بتطبيق فعل الأمير على الإجراء الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة نفسها وكذلك القضاء الفرنسي الذي استقرت أحكامه على ذلك لا يشترطون درجة معينة من الجسامة في الضرر فقد يكون مجرد إنقاص في الربح الذي يعول عليه المتعاقد أو أي ضرر يؤدي إلى اختلال في التوازن المالي للعقد، على عكس الرأي الفقهي الذي ينادي بتطبيق فعل الأمير على الإجراء الصادر من سلطة عامة أو من جهة الإدارة المتعاقدة نفسها حيث يشترطون أن يكون الضرر جسيماً وخاصاً بالمتعاقد وناتجا مباشرة عن الإجراء(١).

ففي حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ تقول فيه: "يشترط لقيام الحق في التعويض أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص"(٢).

وفي حكم لها آخر صادر في ١٣ يناير سنة ١٩٦٣ تقول فيه: "ومن حيث أن التسعير الجبري وإن كان لا يسري إلا على العقود والمعاملات التي تمت قبل تاريخ صدوره وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بتطبيق نظرية عمل الأمير إذا كان قد أصابه ضرر محدد ومباشر".

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٢٨.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٤٩.

وفي نفس الحكم تقول: ".. إن النظريات التي يقوم عليها قانون العقود الإدارية ومن بينها نظرية فعل الأمير ليس مقصوداً منها ــ كما قضت بذلك هذه المحكمة ــ إلا معالجة الحالات التي يصل فيها الضرر بالمتعاقد إلى حرمانه من القدر المعقول من الربح الذي كان متوقعا وقت التعاقد أما إذا اقتصر الضرر على حرمانه من أرباحه الزائدة عن هذا القدر فإنه لا يكون له أي حق قبل السلطة العامة"(١).

رابعاً: أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة مشروعا وليس نتيجة خطأ وبالتالي فمسؤولية الإدارة تكون مسؤولية عقدية بلا خطأ، بينما لو كان الإجراء عن خطأ من الإدارة تكون مسؤوليتها مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية نتيجة خطئها وعليه فإن التزام الإدارة بمقتضى العقد لا يجوز أن يقيد تصرفاتها كسلطة عامة تهدف إلى تحقيق الصالح العام فإذا ما تصرفت في حدود سلطتها وترتب على ذلك ضرر للمتعاقد معها فإنها تسأل في نطاق عمل الأمير فقط.

خامسا: يجب أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة غير متوقع وبالتالي فإن كان الإجراء متوقعاً من قبل طرفي العقد فلا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير.

وشرط عدم التوقع يتعلق بالإجراءات العامة وكذلك الخاصة التي تصدر عن جهة الإدارة وتؤدي إلى تعديل شروط العقد.

ورب سائل يسأل كيف يمكن القول بأن المتعاقد لم يتوقع التعديل وهو حق ومن امتيازات الإدارة تمارسه ضمن الشروط غير المألوفة في القانون الخاص بحيث تستطيع تعديل شروط العقد دون رضاء المتعاقد ولو لم ينص على هذا الحق في العقد؟

والجواب على هذا التساؤل هو أن شرط عدم التوقع ينصرف إلى حدود التعديل ومداه ولا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل. لأن هذا الحق متوقع دائماً ويفترض علم المتعاقد به وبالتالي فإن نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده فلا مجال لتطبيق

---

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري "١٩٦١ – ١٩٦٦".

نظرية فعل الأمير وإن لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فالتعويض يكون بناءً على هذه النظرية [1].

وقد أجمل القضاء الإداري المصري شروط تطبيق فعل الأمير من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ الذي تقول فيه:

"إذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري فإن شروط نظرية فعل الأمير التي استند إليها الطاعن في تقرير أحقيته في التعويض غير متوافرة في حالته، ذلك أن شروطها هي:

١) أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.

٢) أن يكون الفعل الضار عن جهة الإدارة المتعاقدة.

٣) أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا تشترط فيه درجة معينة من الجسامة.

٤) إن الإدارة المتعاقدة لم تخطيء حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ.

٥) أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.

٦) أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه القرار العام [2].

المطلب الأول

نطاق تطبيق هذه النظرية

لا بد من معرفة طبيعة عمل الأمير والصور التي يتقمصها هذا العمل ومدى تدخل الدولة الذي يساعد على تطبيق هذه النظرية.

فقد يتخذ عمل الأمير "التدابير الإدارية" إحدى صورتين، فإما أن يكون عمل الأمير إجراءً عاماً كالقوانين والأنظمة والقرارات التنظيمية، وإما أن يكون إجراءً

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٢٨.

(٢) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، ١٦ مايو ١٩٦١، السنة السادسة، ص ١١٣٣.

خاصاً فردياً كالقرارات الفردية أو العمليات المادية.

الفرع الأول

الإجراء العام

يقصد بالإجراء العام صدور قوانين وأنظمة عن جهة الإدارة المتعاقدة يكون من شأن هذه القوانين وهذه الأنظمة زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة وهنا يبرز تساؤل مفاده .. هل يعوض المتعاقد عن الأضرار التي تلحق به نتيجة هذه الإجراءت العامة؟

يجيب رأي فقهي راجح على هذا التساؤل بأن المتعاقد لا يعوض في هذه الحالة على أساس فعل الأمير كونه لم يكن المقصود بذاته بهذه الإجراءات بل تصيب الجميع وبالتالي ينكر أصحاب هذا الرأي تطبيق نظرية عمل الأمير في هذه الحالة ومن هؤلاء الفقهاء المفوض الفرنسي "لاتور نيري" الذي قدم تقريره إلى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Cie des scieries africaines والذي صدر فيها حكم المجلس بتاريخ ٩ آذار سنة ١٩٢٨[١]، فالفقيه لاتور يرى أن الإجراء العام غير الموجه إلى المتعاقد مباشرة لا يعوض عنه إلا في حالتين:

الحالة الأولى ــ حالة النص صراحة على ذلك في العقد

الحالة الثانية ــ حالة أن يكون الإجراء غير متوقع[٢].

والإجراء العام الذي يصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة قد يصيب شروط العقد مباشرة، إما بتعديلها أو تعطيل بعضها أو إنهاء العقد قبل الأوان حيث يتم في هذه الحالة تعويض المتعاقد على أساس نظرية فعل الأمير[٣].

ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في أحكامه ومن ذلك حكمه الصادر في ١٩ تشرين أول سنة ١٩٠٩ في قضية Zeilabadine والذي قضى بتعويض

(١) مجلة القانون العام، سنة ١٩٢٨، ص ٣٢٦٠.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٣٨.
(٣) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٢.

المتطوعين الذين ألغيت عقودهم نتيجة لصدور مرسوم يقضي بحل الفرق التي ينتمون إليها(١).

وفي حكم آخر للمجلس صدر بتاريخ ٢٨ نيسان ١٩٣٩ المتعلق بشركة سكك حديد الغرب وملخص هذه القضية أنه صدر في فرنسا مرسوم بقانون بتاريخ ١٦ تموز سنة ١٩٣٥ يقضي بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة ١٠% وقد أدى تطبيق هذا المرسوم بقانون على الشركة المذكورة إلى تعديل الاتفاق الذي تم بينها وبين الدولة بتاريخ ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٩ والذي استردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية الذي كانت تتولاه الشركة مقابل مبالغ سنوية تؤديها الدولة إليها فلما تظلمت الشركة من خفض تلك الأقساط بنسبة ١٠% وفقاً للمرسوم بقانون المشار إليه قضى المجلس وفقاً لتقرير المفوض Josse بتعويض الشركة تعويضاً كاملاً على أساس نظرية فعل الأمير(٢).

أما إذا كان الإجراء العام لا يؤثر على شروط العقد مباشرة وإنما يقتصر تأثيره على ظروف تنفيذ العقد الخارجية بأن يجعل التنفيذ أكثر مشقة وأكثر كلفة على المتعاقد فيرى الفقهاء أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يعوض عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد في هذه الصورة إلا في أضيق الحدود حيث يمكن القول أن القاعدة الأصل هي رفض التعويض والاستثناء الحكم بالتعويض.

والإجراء العام يتخذ أشكالاً عدة منها:

أولاً: التدابير المالية "ضرائب ورسوم" كأن تفرض الدولة ضرائب جديدة ذات طابع عام أو زيادة الضرائب على الإنتاج.

ثانيا: التدابير الاجتماعية ـ كالقوانين التي تهدف إلى تحسين أحوال العمال بزيادة

---

(١) مجموعة سيري سنة ١٩١٠، القسم الثالث، ص ١، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٤٠.

(٢) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٤ وما بعدها.

أجورهم أو زيادة غلاء المعيشة أو منحهم إجازة بأجر أو التأمين على إصابات العمل.

ثالثاً: التدابير الاقتصادية والنقدية مثل تدابير تنظيم التصدير والاستيراد في البلاد وزيادة أجور النقل في السكك الحديدية أو التشريعات المتعلقة بشؤون النقد.

وعلى كلٍ فإن الفقهاء اختلفوا في حكم هذه الإجراءات وهل يعوض المتعاقد عن الضرر الذي يلحق به نتيجة هذه الإجراءات العامة على أساس فعل الأمير أو على أساس نظرية أخرى كنظرية الظروف الطارئة؟

ذهب قسم من الفقهاء ومنهم الدكتور ثروت بدوي وأيده الفقيه الفرنسي دي لوبادير إلى أن المتعاقد لا يعوض على أساس نظرية فعل الأمير إلا إذا أثبت المتعاقد أن ضرراً خاصاً لحق به نتيجة الإجراء العام.

والرأي الفقهي الآخر ينادي بتعويض المتعاقد على أساس عمل الأمير، ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي بيكينو.

ومرجع اختلاف الفقهاء يعود إلى اختلافهم في تحديد مدلول عبارة مجلس الدولة الفرنسي التقليدية بهذا الخصوص ومضمونها: "وحيث أن نصوص القانون أو اللائحة ذات طابع عام وأن الضرر الذي نال المتعاقد من جرائها إنما تحمله في ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين ومن ثم فإنه لا يستحق عنها تعويضاً إلا إذا أدى إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب .." (١).

لذلك فالفقهاء الذين ينكرون تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تلحق به نتيجة الإجراءات العامة على أساس فعل الأمير يرون أن المجلس يرفض تعويضه في هذه الحالات إلا إذا اثبت المتعاقد أن ضرراً خاصاً قد لحق به وهو ما يوحي به ظاهر العبارة للمجلس.

أما الفقهاء الذين يتبنون فكرة التعويض على أساس فعل الأمير فإنهم يطبقونها

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٤٢.

ولكن بشروط أشد، أي إذا كانت هذه الإجراءات تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب في حين يكفي – في نظرهم – في الظروف العادية لتطبيق هذه النظرية أن ينال المتعاقد ضرراً مهما كانت جسامته.

ومجلس الدولة الفرنسي الذي رفض التعويض عن هذه الحالات على أساس نظرية فعل الأمير استثنى حالتين هما[1]:

الحالة الأولى: حالة النص على التعويض في القانون أو الإجراء العام.

الحالة الثانية: حالة النص في العقد على ذلك.

وهاتان الحالتان لا تثور صعوبة بشأنهما لأن المجلس يطبق هذه النصوص باعتبارها تعبيراً عن إرادة المشرع أو المتعاقدين.

وفي حالة غياب النص في القانون أو العقد أقر القضاء الإداري بناءً على اجتهاد منه منح التعويض للمتعاقد على أساس فعل الأمير في حالات استثنائية مما أفسح موقف القضاء هذا المجال لعدد من التفسيرات التي يجب أن تبحث بدقة وعناية نظراً لغياب ميعاد قاطع وحاسم متفق عليه من الفقه والقضاء.

وعلى هذا الأساس عاد مجلس الدولة الفرنسي ومنح التعويض على أساس نظرية عمل الأمير في الحالات التالية[2]:

١) مثل حالة الرسوم والعوائد التي تجنيها البلديات وتترتب عليها زيادة أسعار المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد كالفحم مثلاً في حالة الالتزام بتوريد الكهرباء أو الغاز ومواد البناء في حالة عقود الأشغال العامة.

٢) حالة تنظيم الأسعار نتيجة للاقتصاد الموجه كأن ترفع الإدارة بقرارات منها الأسعار السائدة وقت التعاقد عند إبرام عقود التوريد.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٤٨.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣.

٣) وأخيرا طبق المجلس هذه النظرية في حال التزمت الإدارة موقفاسلبيا بامتناعها عن تطبيق القوانين والأنظمة التي يتعين تطبيقها إذا ترتب على هذا الامتناع فرض أعباء جديدة على المتعاقد أو في حال ألغت الإدارة إجراءً عاماً كان يعول عليه المتعاقد عند إبرام العقد وقد أطلق بعض الفقهاء تسمية جديدة على هذا الموقف السلبي من جانب القضاء الإداري وهي تسمية "فعل الأمير السلبي".

وقد قدم الفقهاء معايير مختلفة لتبرير حكم المجلس بالتعويض عن مثل هذه الإجراءات العامة على أساس فعل الأمير، فمنهم من قال أن يمس الإجراء موضوعاً جوهرياً في العقد كأن يكون له الدور الحاسم في دفع الفرد للتعاقد ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه Teissier. ومن الفقهاء من قال أن يرتب الإجراء العام ضرراً خاصاً يلحق بالمتعاقد ومن هؤلاء الفقهاء الدكتور ثروت بدوي(١).

في مصر ساير القضاء الإداري المصري القضاء الفرنسي باعتبار أن الإجراء العام الذي يلحق ضرراً بالمتعاقد مع الإدارة لا يعوض عنه على أساس فعل الأمير إلا إذا كان الضرر جسيما وخاصا.

وبهذا الصدد رفضت محكمة القضاء الإداري المصرية التعويض بسبب عدم خصوصية الضرر وباعتباره ضررا غير جسيم وذلك من خلال حكمها الصادر في ١٦ يونيو ١٩٥٣ الذي تقول فيه:

"ومن حيث أن فرض الرسم الذي تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقعاً وقت التعاقد بمقتضى البند "١٧" من عقد الامتياز فضلاً عن أنه لم يجاوز الحد العادل المعقول ولم يتضمن أي تمييز في التكليف بين المنضوين تحت أحكامه وأن هذا الرسم وما تقول به الشركة من زيادة في سعر التكلفة ونقص في الاستهلاك لم يؤد إلى إرهاقها في التزاماتها وإلى الاختلال المالي للعقد وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه إن

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٤٨، ٦٤٩.

صح دفاع الشركة في هذا الصدد أن أرباحها المتزايدة قد تناقصت ..ولكن هذا النقص لم يصل إلى المساس بالربح المعقول الذي كان متوقعا عند التعاقد"(١).

وفي حكم آخر صدر في ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ تقول فيه:

"يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيسا على نظرية فعل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد ــ على الرغم من عمومية نصوصه ــ المتعاقد وحده دون مجموع الشعب أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب"(٢).

الفرع الثاني

عمل الأمير في شكل إجراء خاص

علمنا أن للإدارة الحق في التدخل وممارسة امتيازاتها في تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان وأن لقاء هذا الامتياز الخطير يقابله حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد وبالتالي فإن نظرية فعل الأمير أوضح ما تكون في حالة تدخل الإدارة بتعديل شروط العقد بإجراء خاص منها مما يترتب على ذلك حق المتعاقد بالتعويض الكامل عما يلحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل ولا خلاف بين الفقهاء ولا في أحكام القضاء الإداري على هذا الحق في التعويض على أساس نظرية فعل الأمير شريطة أن تلتزم الإدارة بشروط حق التعديل التي سلفت الإشارة إليها، وفي حال تجاوز الإدارة لهذه الشروط فإن مسؤوليتها تصبح مسؤولية عقدية بخطأ قد تؤدي إلى فسخ العقد مع التعويض، ويكون تعويض المتعاقد تعويضا كاملا لكن على غير أساس فعل الأمير الذي لا يستوجب خطأ الإدارة.

---

(١) المجموعة، السنة السابعة، ص ١٥٧٨، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٤٤.

(٢) مجموعة أحكام المحكمة – السنة التاسعة – ص ٢٦٨.

وقد يكون الإجراء الخاص من قبل الإدارة غير مؤثر بطريق مباشر على شروط العقد لكنه يؤدي إلى تغيير في ظروف تنفيذ العقد بأن يجعله أكثر مشقة ويرتب أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد ويتعين تعويض المتعاقد حينئذ تعويضاً كاملاً أيضاً وفق نظرية فعل الأمير.

ومن هذه الإجراءات الخاصة:

أولاً: القرارات التي تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه وتحمل المتعاقد أعباء جديدة.

ثانياً: إجراءات البوليس التي تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة وتؤدي إلى زيادة في أعباء المتعاقد كالأمر الصادر عن الإدارة باعتبارها سلطة بوليس إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين(١).

ثالثاً: قيام الإدارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضراراً في تنفيذ العقد. لكن إذا نظمت شروط العقد هذا الموضوع بتحديد مقدار التعويض أو استبعاده فإن مجلس الدولة الفرنسي يطبق شروط العقد.

رابعاً: الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة التي من شأنها أن تزيد من أعباء المتعاقد(٢).

وهناك حالات لم يعوض عنها المجلس على أساس فعل الأمير مع أنه يمكن أن تندرج تحت هذا الإطار مثل: حالة تعاقد الإدارة مع الأفراد على أساس أن تضع تحت تصرفهم المساجين في سجن معين، فإذا حدث وسحبت الإدارة بعض هؤلاء المساجين سواء أتمَّ السحب بناءً على نقلهم من سجن إلى سجن آخر أم بناءً على تعديل في قوانين العقوبات فإنه لا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن ذلك، والفقيه الفرنسي دي لوبادير

---

(١) حكم المجلس الدولي الفرنسي، الصادر في ٢٣ آذار سنة ١٩٤٤ في قضية Energie electricite.

(٢) حكم المجلس الدولة الفرنسي، الصادر في ٢٣ نيسان ١٩٤٨ في قضية Ville d'Ajascie، المجموعة، ص ٦٠٣.

يبرر مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال بطبيعة تلك العقود وكون المتعاقد يعلم سلفاً أن عدد المسجونين قابل للزيادة أو النقص وأن الإدارة لا يمكن أن تضمن له عدداً محدداً وبالتالي فإن الإجراء يكون متوقعا مما يفقد النظرية شرطاً أساسيا من شروط تطبيقها(١).

وفي حالة أخرى رفض المجلس التعويض على أساس فعل الأمير إذا كان الضرر الذي يطالب المتعاقد بتعويضه سببه ارتفاع الأسعار نتيجة لتدخل الإدارة في السوق وشرائها كميات كبيرة من المواد موضوع التعاقد(٢).

وفي هذا الصدد أيضاً هناك خلاف فقهي حول الأساس الذي استند إليه المجلس رفض التعويض على أساس فعل الأمير في مثل هذه الحالة، فمن الفقهاء من يرى أن نظرية فعل الأمير تفترض أن يصدر الإجراء من الإدارة كسلطة عامة بينما صدر الإجراء في هذه الحالة باعتبار الإدارة تتدخل كأي متعاقد آخر ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه "هوريو" والفقيه الدكتور ثروت بدوي(٣).

ومن الفقهاء من يرى أن رفض المجلس التعويض في مثل هذه الحالة على أساس فعل الأمير كون الأضرار التي تلحق بالمتعاقد أضراراً غير مباشرة واستند هؤلاء الفقهاء لتدعيم وجهة نظرهم إلى أحكام مجلس الدولة نفسه التي أشارت إلى هذا التبرير صراحة، ومن هؤلاء الفقهاء العميد الدكتور سليمان الطماوي والفقيه دي لوبادير(٤).

يؤيد الباحث الرأي الفقهي الذي يبرر مسلك مجلس الدولة الفرنسي برفض التعويض في مثل هذه الحالات على أساس نظرية فعل الأمير كون الأضرار التي تلحق بالمتعاقد أضراراً غير مباشرة وهي من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير ثم أن معيار

---

(١) مؤلف دي لوبادير في العقود الإدارية، الجزء الثالث، ص ٦١.
(٢) حكم المجلس في الأول من يونيو ١٩٢١ في قضية Cotie المجموعة، ص ٣٥٠، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٣٤.
(٣) انظر رسالة الدكتوراه في أثر فعل الأمير بالفرنسية للدكتور ثروت بدوي، سنة ١٩٥٥.
(٤) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٣٥.

التمييز بين أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية كان المعيار والأساس الذي يقوم عليه القانون الإداري قد تم هجره في الوقت الحاضر وبالتالي يجب هجره في تبرير مسلك مجلس الدولة السالف الذكر. فالضرر الذي يستوجب التعويض كاملاً يجب أن يكون ضرراً مباشراً يصيب المتعاقد جراء تصرف الإدارة المتعاقدة.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لنظرية فعل الأمير

طالما أن الإدارة لا ترتكب خطأ حين تتخذ إجراءات مشروعة تهدف إلى تحقيق الصالح العام لكنها تؤدي إلى الاختلال بالتوازن المالي للعقد مما يكسب المتعاقد معها حقاً بالمطالبة بالتعويض على أساس فعل الأمير، فإن سؤالاً يطرح نفسه في هذا الصدد مضمونه: ما هو الأساس القانوني الذي يستند إليه المتعاقد للمطالبة بالتعويض الكامل عن فعل الإدارة بغير خطأ؟

اختلف الفقهاء بالإجابة على هذا التساؤل. فمنهم من يرى أن الأساس القانوني هو فكرة الإثراء بلا سبب كون الإدارة قد أنقصت بقرار صادر من جانبها بإرادتها المنفردة المزايا المالية للمتعاقد معها التي اتفقت معه عليها فتكون قد أثرت دون أن يستند ثراؤها على سبب في العقد ومن أنصار هذا الرأي الفقيه "هوريو" (١).

ومن الفقهاء من يرى أن أساس نظرية فعل الأمير هو نصوص العقد، ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه "جيز"، ويقول أصحاب هذا الرأي بأن تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة بالزيادة أو النقصان يستتبع تعديل المقابل المالي الذي يحصل عليه وإلا كان محل العقد مفتقراً إلى سبب وصار الالتزام باطلاً. وفي الحقيقة فإن هذا الرأي يصلح إلى حد بعيد لتأسيس التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض في حالة تعديل نص من

---

(١) انظر البحث المقدم من المحامي عصام الشريف بعنوان "التوازن المالي للعقد الإداري في نطاق نظرية فعل الأمير" سنة ١٩٨٢ – القاهرة.

نصوص العقد من جانبها وحدها لكنه قاصر عن تبرير التعويض في حالة إذا ما كان الإجراء عن جهة غير الجهة الإدارية المتعاقدة.

وهناك رأي فقهي ثالث يقول أن أساس نظرية فعل الأمير هو مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء والتكاليف العامة ومن أنصار هذا الرأي الدكتور توفيق شحادة والدكتور محمد كامل ليله والدكتور فؤاد العطار(١).

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الأفراد ملزمون بالمساهمة في تحمل التكاليف العامة بقدر يتناسب مع مراكزهم وإمكانياتهم وأن المتعاقد مع الإدارة يساهم كغيره من الأفراد في تحمل هذه الأعباء لكن إذا ما قررت الإدارة زيادة هذا العبء على المتعاقد معها بتعديل نصوص العقد دون أن يحصل على تعويض يتناسب مع تلك الزيادة فتكون النتيجة أن يختل مبدأ المساواة بين الأفراد أمام التكاليف العامة وبالتالي يتحمل المتعاقد أعباء زيادة عن غيره من المواطنين إذا لم يحصل على التعويض من خزانة الدولة التي يمولها دافعو الضرائب من أفراد الشعب الذي تعمل الإدارة لتحقيق الصالح العام لهم.

يؤيد الباحث الرأي الفقهي الذي يرى أن أساس فكرة نظرية فعل الأمير هو المساواة بين الأفراد أمام التكاليف العامة، لمنطقية هذا المبدأ لأنه يحقق العدالة بين المواطنين. ولكون فكرة الإثراء بلا سبب قاصرة في كثير من الحالات عن تبرير مبدأ تعويض المتعاقد عن الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة وأن فكرة نصوص العقد أيضاً لا تنظم مبدأ التعويض لخلو معظم العقود من هذه النصوص حتى وإن نص العقد على مبدأ التعويض واختلف طرفا العقد على تحديده فإن القضاء هو الذي يحدد مقداره.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٧.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على نظرية فعل الأمير[١]

يترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير إذا توافرت شروطها نتائج قانونية هامة وفي مقدمة هذه النتائج النتيجة الرئيسية وهي إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بمنح المتعاقد الذي لحق به الضرر من جراء العمل الصادر عن السلطات العامة تعويضاً كاملا[٢].

وهناك نتائج فرعية تترتب على تطبيق فعل الأمير وهي:

أولا: تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا كان فعل الأمير أدى إلى استحالة التنفيذ كصدور قانون يحظر استيراد سلعة معينة تعتبر رئيسية في العقد ولا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج وبذلك تصبح استحالة التنفيذ استحالة مطلقة وبالتالي يحق للمتعاقد التحرر من الالتزام بالتنفيذ.

ثانيا: حق المتعاقد المطالبة بعدم توقيع جزاء فرض الغرامات المالية عليه نتيجة التأخير في التنفيذ عندما يؤدي عمل الأمير إلى جعل التنفيذ صعبا أو عسيراً مما يبرر للمتعاقد التأخير في التنفيذ ويشكل عذرا له للمطالبة بهذا الحق ولو أن عمل الأمير لا يؤدي إلى استحالة التنفيذ كالحالة الأولى.

ثالثا: والنتيجة الثالثة التي تترتب على فعل الأمير هي حق المتعاقد المطالبة بفسخ العقد في حالة أدى عمل الأمير إلى زيادة أعباء المتعاقد إلى درجة كبيرة لا تحتملها إمكانياته المالية أو الفنية كأن تزيد الإدارة كمية الأشغال المرسومة للمتعهد زيادة كبيرة، أو عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد أو تأخر الإدارة تأخرا كبيرا في البدء في تنفيذ العقد أو وقف الإدارة

---

(١) انظر رسالة الدكتوراه في أثر فعل الأمير بالفرنسية للدكتور ثروت بدوي، ١٩٥٥، والدكتور عبد السلام عبد العظيم عبد الحميد، نظرية فعل الأمير، مرجع سابق.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٥٣ وما بعدها.

للأعمال موضوع العقد مددا طويلة دون مبرر معقول أو توقيع الإدارة عقوبات بالغة الجسامة على المتعاقد دون خطأ جدي يبرر تلك العقوبات [١].

وما يجدر ذكره أن المتعاقد يستطيع أن يجمع بين بعض النتائج المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير شريطة تعدد الأسباب، فهو يستطيع أن يحصل على كامل التعويض وفسخ العقد أو التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير.

علمنا أن النتيجة الرئيسية والأهم التي تترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير هي التعويض الكامل، لذلك لا بد من بيان أساس هذا التعويض في مطلب أول ثم بيان طريقة تحديده ومقداره في مطلب ثان.

المطلب الأول

أساس التعويض

اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني للتعويض، فقسم منهم – وبشكل غالبية الفقهاء – يبني التعويض على أساس فكرة التوازن المالي للعقد ومن أنصار هذا الرأي العميد الدكتور سليمان الطماوي والفقيهان الفرنسيان جيز وبيكينو.

وبناءً على هذا الأساس يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل هذا التوازن نتيجة فعل الإدارة المشروع "بغير خطأ".

ومن الفقهاء من يرى أن الأساس للتعويض هو المسؤولية التعاقدية للإدارة ومن أنصار هذا الرأي الفقهاء الذين ينكرون فكرة التوازن المالي ومنهم الدكتور ثروت بدوي.

والفقيه الفرنسي دي لوبادير يرى أنه لا خلاف بين الفكرتين وأن كلاً من الفكرتين صحيحة وتكمل كل منهما الأخرى [٢].

---

(١) الدكتور محمود المغربي، المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي – الأسس العامة – مرجع سابق – ص ٦٥٤ وما بعدها.

ويقول الفقيه لوبادير بأن المسؤولية عن عمل الأمير هي مسؤولية تعاقدية على أساس التوازن المالي للعقد وهذا برأي الفقيه نفسه يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الحاضر أنْ يكون عمل الأمير من فعل الإدارة المتعاقدة نفسها ورفضه للتعويض على هذا الأساس إذا كان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهة الإدارة المتعاقدة وهذا ما يميز المسؤولية في حالة عمل الأمير عنها في حالة الظروف الطارئة والصعوبات المادية.

وما يجب ملاحظته أن فكرة المسؤولية التعاقدية دون خطأ هي فكرة غير منسجمة مع المبادىء المسلم بها في القانون الخاص كما يقول العميد الدكتور سليمان الطماوي لأن المسؤولية التعاقدية في هذا القانون تفترض أن أحداً من المتعاقدين اخل بالتزاماته المتولدة عن العقد في حين أن عمل الأمير لا يتضمن إخلالاً من الإدارة بالتزاماتها التعاقدية ولهذا ذهب جانب من الفقه إلى إرجاع فكرة التوازن المالي للعقد إلى نية الطرفين المتعاقدين على أساس أن هذا التوازن المالي للعقد هو أمر مفترض.

يرى الباحث أن أساس التعويض وفق نظرية فعل الأمير هو فكرة التوازن المالي للعقد لأن هذه الفكرة هي من خصائص العقد الإداري ولأنها تقابل حق الإدارة الخطير المعترف به في تعديل العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة وعليها أن تقوم بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هي طرف فيه وهذا ما أخذ به غالبية الفقهاء وأقره مجلس الدولة المصري في معظم أحكامه وفتاويه وأشارت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية. وفكرة المسؤولية التعاقدية أو فكرة نية طرفي العقد لا تعالجان التعويض وفق نظرية فعل الأمير في جميع الحالات وإن كانت فكرة المسؤولية التعاقدية تساند فكرة التوازن المالي للعقد الإداري كما يرى الفقيه الفرنسي لوبادير.

المطلب الثاني

كيفية تحديد التعويض ومقداره

سلف القول بأن الإدارة ملزمة بتعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً نتيجة الضرر الذي لحقه من جراء فعل الأمير الصادر من قبلها ــ بغض النظر عن الاختلاف الفقهي حول الأساس القانوني لهذا التعويض ــ وإن كان الرأي الغالب هو فكرة التوازن المالي للعقد.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد فحواه: ماذا يشمل التعويض وما هي طريقة تقديره؟ وهذا ما سأبحثه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

مقدار التعويض

يشمل التعويض الكامل العنصرين الأساسيين لكل تعويض وهما:

العنصر الأول: ما يلحق المتعاقد من خسارة بسبب عمل الأمير كالنفقات الإضافية نتيجة فرق السعر أو الرسوم الجديدة وكل المصروفات التي أنفقها فعلاً وتحملها المتعاقد نتيجة الإجراء الذي اتخذته الإدارة. كأن تطلب الإدارة من المتعاقد معها سرعة إنجاز الأعمال مما يؤدي ذلك إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة.

العنصر الثاني: الكسب الذي فات المتعاقد تحقيقه ويشمل المبالغ المعقولة التي كان من حقه أن يعول عليها لو لم يختل توازن العقد نتيجة فعل الأمير.

وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا، إلا أن ما لاحظه الفقهاء أن مجلس الدولة الفرنسي يخرج أحيانا ولأسباب مختلفة على مبدأ التعويض

تحديد التعويض[1].

فقد يصدر المشرع أحياناً قانوناً يقضي بفسخ بعض العقود لأسباب معينة أو لظروف طارئة تحقيقاً للصالح العام ويحدد المشرع كيفية التعويض للمتعاقد نتيجة فسخ العقد.

والأمر الغالب في الوقت الحاضر أن ينص العقد على كيفية تحديد التعويض أو مقداره وفي هذه الحالة يجب تطبيق هذه النصوص لأنها تعبير عن إرادة الطرفين.

ورب سائل يسأل: هل تستطيع الإدارة أن تضمن العقد شرطاً يعفيها من مسؤوليتها قبل المتعاقد إعفاء مطلقاً :

يجيب الفقه الإداري عن هذا التساؤل على عدم مشروعية هذا النص أو هذا الشرط، فضلاً عن أن هذا الشرط لا يمكن تصوره من الناحية العملية بأن يقبل به المتعاقد ويعرض نفسه لمخاطر لا حدود لها[2].

والقضاء الإداري المصري أخذ بعدم مشروعية هذا الشرط وأعلنت ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٣٠ يونيو لسنة ١٩٥٧ الذي تقول فيه:

"من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسؤوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها لأن ذلك يتعارض مع المبادىء المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد" [3].

لكن إذا تضمن العقد شرطاً يعفي الإدارة من مسؤوليتها عن إجراء معين فقط وليس عن كامل مسؤوليتها فإن هذا الشرط بنظر الفقه والقضاء الإداريين يعتبر

---

(١) الدكتور توفيق شحاده، النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٨٧.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٥٩ وما بعدها؛ الدكتور أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، الدكتور حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة، مرجع سابق.

(٣) أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٥٨، ٦٥٩.

مشروعاً ويجب أعماله كأن يتوقع المتعاقدان إجراء معيناً كفرض ضريبة أو زيادة سعرها ونصاً في العقد على تحمل المتعاقد لما يترتب على ذلك من آثار فإن هذا النص مشروع وإن كان مجلس الدولة الفرنسي يتشدد في تفسير مثل هذه الشروط المشروعة[1].

ومثلما أن الإدارة لا تستطيع ولا يحق لها أن تضمن العقد الإداري شرطاً يعفيها من مسؤوليتها إعفاء مطلقاً كذلك المتعاقد معها لا يملك أن يتخلى عن حقه في المطالبة بالتعويض الكامل عن فعل الأمير لأن ذلك يخالف القواعد العامة والمبادىء المقررة في القانون الإداري ولا يحقق العدالة وإن تضمن العقد الإداري شرطاً من هذا النوع فيعتبر باطلا[2].

المبحث الثالث

نظرية فعل الأمير في التشريع والقضاء الأردني

سوف أبين نظرية فعل الأمير في التشريع الأردني في مطلب أول من هذا المبحث، أما موقف القضاء الأردني من هذه النظرية فسيكون موضوع المطلب الثاني.

المطلب الأول

نظرية فعل الأمير في التشريع الأردني

لكل بلد في العالم قوانينه وأنظمته التي تتلاءم مع ظروفه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية، لأن القانون هو روح المجتمع يعبر عن أهدافه ورغباته وتطلعه إلى التقدم والازدهار والعيش الأمن، ومن ثم يراعي العادات والتقاليد والقيم والمبادىء السامية السائدة في المجتمع.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٥٩.

(٢) الدكتور عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ١٩٧٥، ص ١١٥.

وفي الوقت الحاضر وقد ازداد تدخل الدولة واتسع نشاطها حتى شمل جميع مناحي الحياة، فمن باب أولى أن يضع المشرع من القوانين والأنظمة التي تساير هذا التطور السريع وتحقق للشعب رغباته وأهدافه، فهل أخذ المشرع الأردني بعين الاعتبار نظرية فعل الأمير التي تتصل بأهم منحى من مناحي الحياة وأهم مظاهر نشاط الإدارة ألا وهو المرافق العامة؟

عند استعراض الباحث لمختلف التشريعات الأردنية وخاصة التشريعات المتعلقة بالمرافق العامة والعقود الإدارية لم يعثر على نص واحد يوحي لا من قريب ولا من بعيد بأن المشرع الأردني قد وضع أساس العمل بنظرية عمل الأمير.

ومما يعزز قول الباحث هذا ويسنده هو حكم محكمة التمييز الأردنية ـــ حقوق ـــ الذي تقول فيه:

"أن نظرية عمل الأمير غير معمول بها في قوانين المملكة الأردنية الهاشمية، إذ لا يوجد أي نص يمكن أن يستخلص منه أن المشرع كان حين وضعه للنصوص القانونية متأثراً بهذه النظرية أو أنه أجاز تطبيقها حتى أن القانون المدني الأردني الجديد لسنة ١٩٧٦ كان خاليا من أي نص يوجب تطبيق هذه النظرية"(١).

وفي حكم آخر للمحكمة تقول فيه:

"أنه مهما يكن من عدالة ومرونة نظرية عمل الأمير إلا أن المجلة والقانون المدني لسنة ١٩٧٦ لم تأخذ بها كما لم تجد محكمة التمييز في النصوص ما يجيز الأخذ بها وكذلك لم يأبه لها القضاء في البلاد العربية الأخرى التي لديها قانون مدني سابق للقانون المدني الأردني"(٢).

---

(١) حكم رقم ١٩٧٨/٣٥٧ تاريخ ١٩٧٨/١١/٢٨ – منشورات عدالة – مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٩ – ص ٤١١.

(٢) حكم رقم ١٩٧٩/١١٧ تاريخ ١٩٧٩/٤/١٠ – منشورات عدالة – مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٨ – ص ١٢٣٤.

وإن كان هناك من عذر لإغفال المشرع الأردني للنص على هذه النظرية فإن الباحث يجده في كون نظرية فعل الأمير كغيرها من نظريات القانون الإداري ومبادئه هي من صنع القضاء الإداري وإن كان للفقه الإداري أيضاً دور لترسيخ هذه النظرية، نظراً لما يتمتع به هذا القانون من مرونة ومسايرته لروح العصر والحياة مما يوجب على القضاء والفقه الإداريين متابعة هذا التطور لتتلاءم أحكام القضاء وآراء الفقهاء مع سرعة تطور الحياة مما لا يتوافر ذلك في طبيعة القوانين الأخرى من تعقيدات وصعوبة إجراءات تعديلها، رغم أن التشريعات العربية ومنها التشريع المصري بالذات قد نص على وجوب الأخذ بنظرية فعل الأمير في عقد الامتياز فقط، بموجب البند ١٧ من هذا العقد إلا أن القضاء الإداري المصري قد مد اختصاصه لتطبيق هذه النظرية على جميع العقود الإدارية تماما كما حصل مع مجلس الدولة الفرنسي الذي قيد المشرع الفرنسي اختصاصه بالنظر بالمنازعات المتعلقة بعقدي الامتياز والأشغال العامة إلا أنه تحايل على المشرع ومد اختصاصه إلى جميع العقود الإدارية وقد اقتفى مجلس الدولة المصري أثره أيضاً عندما حدد المشرع المصري اختصاصه بالنظر بالمنازعات الإدارية المتعلقة بعقدي الامتياز والأشغال العامة إلا أنه تحايل أيضاً على المشرع ومد اختصاصه إلى جميع العقود الإدارية باعتبار أن هذه العقود تعتبر عقوداً إدارية لطبيعتها وخصائصها الذاتية وليس بنص القانون. وقد سبق بيان ذلك في موضع متقدم من هذه الدراسة.

المطلب الثاني

نظرية فعل الأمير في القضاء الأردني

علمنا أن نظرية فعل الأمير كغيرها من نظريات القانون الإداري هي من خَلْق القضاء الإداري الفرنسي ثم أخذ عنه القضاء الإداري المصري، فما هو موقف القضاء الأردني من هذه النظرية؟

يجيب عن هذا التساؤل حكم محكمة العدل العليا الأردنية الحديث جدا الذي تقوله فيه:

"لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في العقود الإدارية وفسخها لأن اختصاص محكمة العدل العليا محدد بالمادة التاسعة من قانونها رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ والتي خلت من صلاحيتها بروئية الطعون المتعلقة بالعقود الإدارية أو فسخها" (١).

وللباحث رأي في هذا الحكم:

أليس تحديد اختصاص محكمة العدل العليا "حصرا" من قبل المشرع الأردني بموجب المادة التاسعة من قانونها رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ مسلكا منتقدا من المشرع كما يقول أستاذنا الدكتور خالد سمارة الزعبي ولا يحقق الهدف من إنشاء قضاء إداري متخصص(٢).

نتمنى على المشرع الأردني تدارك هذه الثغرة التشريعية وسدها بتعديل هذا القانون بأن يطلق يد المحكمة ليمتد اختصاصها إلى جميع المنازعات الإدارية ومن ضمنها منازعات العقود الإدارية لتتحقق الحكمة من وجود قضاء إداري متخصص كون جميع هذه المنازعات ذات طبيعة إدارية واحدة وبالتالي يجب أن تحكمها قواعد ومبادىء واحدة.

ومع ذلك يعود قضاؤنا ويقر بأن نظرية فعل الأمير هي من صنع القضاء والفقه الإداريين.

ففي حكم لمحكمة التمييز ــ حقوق ــ تقول فيه:

"إن الفقه والقضاء قد استقرا على أنه يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير توفر الشروط التالية:

---

(١) حكم رقم ٢٠٠١/٣٠٤ تاريخ ٢٠٠٢/٩/٤، منشورات عدالة، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ٢٠٠٣، ص ٤٦.

(٢) الدكتور خالد سمارة الزعبي، القانون الإداري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، عمان، ١٩٩٨، ص ٦٤ وما بعدها.

الشرط الأول ـــ أن يكون التشريع الجديد الصادر بعد العقد الذي ارتبطت به الحكومة مع أحد الأفراد والذي زاد التكليف المالي غير متوقع الصدور.

الشرط الثاني ـــ أن يكون التشريع الجديد قد الحق بالمتعاقد مع الحكومة ضرراً خاصاً من شأنه أن يقلب اقتصاديات العقد وان يصيب هذا الضرر طائفة خاصة أو أفراداً محدودين فإن كان التشريع عاماً شاملاً لجميع السكان أو لعدد غير محدود منهم فلا تنطبق النظرية المذكورة(1).

وفي الحكم ذاته تستطرد المحكمة وتقول:

"بأن نظرية فعل الأمير نظرية مستقلة لا تدخل تحت مفهوم نظرية الحوادث الطارئة وأنه لا يستند إلى أساس القول بأن نظرية عمل الأمير لا تخرج عن كونها تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها في المادة ٢٠٥ من القانون المدني".

وهنا يحق للمرء أن يتساءل ـــ وبحق ـــ لماذا يعزف قضاؤنا "وهو القضاء المشهود له بالجرأة والعدالة وبالاقتدار، ولا أدل على ذلك من أن بعض قضاتنا وفقهائنا يمثلون الأردن في القضاء والمحاكم الدولية كمحكمة العدل الدولية في لاهاي" لماذا يعزف عن تطبيق نظرية فعل الأمير طالما أنه يقر بعدالة ومرونة هذه النظرية كما هو واضح من حكم محكمة التمييز المشار إليه آنفا، لماذا يعزف قضاؤنا عن تطبيق هذه النظرية وهو يقر بأنها من صنع القضاء والفقه الإداريين، ويزداد المرء حيرة حين يقول قضاؤنا أن القضاء العربي لم يأبه بها ولم يطبقها علماً أن القضاء الإداري المصري يأخذ بها في العقود الإدارية، ولماذا لا يكون القضاء الأردني قدوة لغيره من القضاء العربي بتطبيقه لأحكام هذه النظرية.

صحيح أن لكل بلد قوانينه وأنظمته التي تلائم ظروف مجتمعه، لكن نظرية فعل

---

(١) حكم رقم ١٩٧٩/١٧ تاريخ ١٩٧٩/٤/١٠ – منشورات عدالة – مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٩ – ص ١٢٣٤.

الأمير ليست قانوناً وإنما هي اجتهاد قضائي وفقهي. نتمنى على قضائنا الإداري أن يساير القضاء الإداري العالمي ويطبق أحكام هذه النظرية على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وذلك أدعى للعدالة خاصة وأنه سلك مسلكاً فرق فيه بين العقد الإداري الواحد بأن جعل النظر بالمنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاءين الإداري والنظامي.

ففي حكم لمحكمة العدل العليا تقول فيه:

"استقر الاجتهاد على أن العقد الإداري يمر بمرحلة تمهيدية تستقل الإدارة بصفتها سلطة عامة بإصدار القرارات الإدارية المنفردة كتعبير عن إرادتها الذاتية وتحدد بها المراكز القانونية كإحالة العطاء على جهة ما وهذه القرارات في هذه المرحلة تأخذ صفة وشكل القرارات الإدارية ويجوز لأي متضرر الطعن بها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري.

وأما المرحلة الأخرى وهي المرحلة التنفيذية فتستقل بها الإجراءات ويصبح أي نزاع في هذه المرحلة محكوما بالعقد الذي يعقب المرحلة الأولى وما يلحقه من قواعد قائمة ومبادىء إدارية وتكون المنازعة في هذه المرحلة هي في حقيقتها منازعة حقوقية حول تفسير العقد وحقوق أطرافه ومدى الالتزام بشروطه وهذا ما درجت عليه محكمة العدل العليا في العديد من قراراتها وعليه وحيث أن النزاع بين طرفي الطعن هو نزاع حول تنفيذ العقد المنبثق عن قرار الإحالة موضوع الدعوى .. يخرج عن اختصاص محكمة العدل العليا المنصوص عليه في المادة ٩/أ من قانونها رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ ويدخل في اختصاص القضاء العادي"(١).

والباحث يتساءل ما الغاية من تقسيم العقد إلى مرحلتين تمهيدية وأخرى تنفيذية طالما أن المرحلتين تتعلقان بالعقد الإداري وبمنازعة إدارية ولماذا لا تبسط محكمة

---

(١) حكم رقم ١٩٩٩/٦١٠ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٩ – منشورات عدالة – مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ٢٠٠٠ – ص ٣٠٨٣.

العدل العليا يدها وتمد اختصاصها إلى الفصل في المنازعات المتعلقة بالمرحلتين وتطبق نظرية فعل الأمير "وإن لم يمنحها المشرع هذا الاختصاص" طالما أن القضاء الأردني أقر بأن هذه النظرية هي من خلق القضاء الإداري أليس هذا أدعى للعدالة ولتوحيد الأحكام خاصة وأن المنازعة ذات طبيعة واحدة.

والقضاء الأردني النظامي طبق نظرية فعل الأمير وإن كان تطبيقاً سلبياً بعدم الأخذ بها لتخلف شروطها كما جاء في حكم محكمة التمييز الذي تقول فيه:

"يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير على العقود الإدارية أن يصدر عن السلطة العامة المتعاقدة تصرف أو فعل من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد من جانب المتعاقد أكثر صعوبة ويحمله أعباء وتكاليف تزيد عن الأعباء التي التزم بها في مواجهتها وان ينشأ عن الفعل ضرر خاص للمتعاقد وأن لا يكون هذا الفعل متوقعا وعليه ولما كانت زيادة الرسوم الجمركية ليس من شأنها أن تلحق ضررا خاصا بالمدعية لوحدها بل أنه إجراء عام شامل لجميع السكان ولا ينحصر مفعوله بطائفة معينة أو أفراد معينين إضافة إلى أن تعديل الرسوم الجمركية من قبل السلطة العامة بالزيادة أو النقصان هو أمر متوقع في كل حين لمجاراة التغييرات الاقتصادية السريعة فلا مجال لتطبيق النظرية على موضوع الدعوى لتخلف هذين الشرطين"(1).

ولم يعثر الباحث على حكم قضائي واحد يجيز تطبيق هذه النظرية ويقر التعويض للمتعاقد على أساسها، علما أن مجلس الوزراء طبق نظرية فعل الأمير بقراره الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١/٢ عندما قرر التعويض عن الفرق الناتج برفع أسعار الإسمنت التي قررتها الحكومة (الإدارة) مع أن محكمة التمييز الأردنية اعتبرت ذلك من قبل التبرع (الهبة) بموجب قرارها رقم ١٩٨٠/٣٤١ تاريخ ١٩٨٠/٢/١١(2).

وفي نظر الباحث فإن قرار محكمة التمييز الموقرة باعتبار هذا التعويض هو

---

(١) حكم رقم ١٩٩٤/٣٢ تاريخ ١٩٩٤/٩/١٠ – منشورات عدالة – مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٦ – ص ٩٧٦.

(٢) مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٨١، ص ٧٧٥.

بمثابة تبرع (هبة) قد جانبه الصواب مع التقدير لقضائنا الأردني لأن الواهب وهو هنا في حكم المحكمة (مجلس الوزراء) يستطيع أن يسترد هبته (التعويض) إذا اشترط في العقد حق استردادها في حالة عدم قيام الموهوب له بالتزامات معينة لمصلحة الواهب حسبما جاء في المادة ١/٥٦١ من القانون المدني الأردني.

الفصل الثاني

نظرية الظروف الطارئة "المخاطر الاقتصادية"

عند تنفيذ العقد الإداري قد تطرأ ظروف وحوادث خارجة ومستقلة عن إرادة طرفي العقد لم يكن في الحسبان توقعها عند إبرام العقد مما تتسبب في قلب اقتصاديات العقد وإن كانت هذه الحوادث أو الظروف لا تجعل التنفيذ مستحيلاً لكن تجعله مرهقاً وأكثر كلفة على المتعاقد مما يضطره لطلب مساعدة الإدارة لتحمل جزء من الكلفة الزائدة في نفقات التنفيذ لكي يتغلب على هذه الصعوبات التي لم يكن للإدارة دور فيها كما في حالة المخاطر الإدارية "نظرية عمل الأمير" وحتى لا يترك المتعاقد وشأنه ويتعرض للإفلاس أو يعجز عن تنفيذ التزامه.

المبحث الأول

نشأة نظرية الظروف الطارئة

يشير الباحثون أن جذور نظرية الظروف الطارئة قديمة، فرجال الكنيسة في العصور الوسطى كانوا يرتبون آثاراً قانونية على الحوادث الطارئة التي كانت تحدث بعد إبرام العقد، فإذا تغيرت الظروف التي جرى الاتفاق على تنفيذ العقد في ظلها توجب تعديل العقد لمواجهة هذا التغير في الظروف الاقتصادية.

كذلك رجال الفقه الإسلامي قالوا بنظرية الحوادث الطارئة في بعض العقود(1).

وسوف أتناول نشأة هذه النظرية وتطورها في ثلاثة فروع، ففي الفرع الأول أتناول نشأة النظرية في فرنسا وفي الفرع الثاني في مصر، أما موضوع الفرع الثالث فسيكون نشأة النظرية في الأردن.

الفرع الأول

نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظريات القضائية التي صنعها وأرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي.

والفقهاء يعتبرون أن حكم مجلس الدولة الشهير في قضية غاز بوردو الصادر بتاريخ ٣٠ آذار لسنة ١٩١٦ هو دستور هذه النظرية(2).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه بعد نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً كبيراً لدرجة أن شركة الإضاءة لمدينة بوردو الفرنسية وجدت أن الأسعار التي تتقاضاها لقاء التزامها بإنارة المدينة المذكورة تقل كثيراً حتى عن تغطية نفقات الإدارة، مما حدا بالشركة للتقدم للسلطة مانحة الالتزام طالبة رفع تلك الأسعار وكانت النتيجة رفض تلك السلطة لطلب الشركة وتمسكت بتنفيذ عقد الالتزام بناءً على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" وإن تنفيذ الشركة لالتزامها لم يصبح مستحيلاً لتوفر مادة الفحم ــ رغم ارتفاع سعره ــ وانتهى المطاف بالشركة والسلطة مانحة الالتزام إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أقر مبدأ جديداً بناءً على دوام سير المرفق العام مفاده:

"أنه إذا حدثت ظروف لم تكن في الحسبان وكان من شأنها أن تزيد الأعباء

---

(1) الدكتور خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٧٤ وما بعدها.

(2) الدكتور محمد عبد المجيد المغربي، المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً فللملتزم الحق في أن يطلب من الإدارة ــ ولو مؤقتاً ــ المساهمة إلى حد ما في الخسائر التي تلحق به".

وقد صاغ مجلس الدولة حكمه هذا بصورة مفصلة حيث ضمنه الأحكام الرئيسية التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة (١).

إلا أن تطوراً حصل على هذه النظرية عندما أدخل مجلس الدولة ــ رغم أن المبادىء والأحكام التي تضمنها حكمه المذكور آنفاً لا زالت تحتفظ بقيمتها كدستور لنظرية الظروف الطارئة ــ تعديلين عليها وهما:

أولاً: من حيث نهاية الظروف الطارئة

فما دام الوضع غير طبيعي واستثنائياً مما يتطلب معه الخروج عن قواعد العقد حتى إذا ما زالت هذه الظروف وعاد الوضع إلى طبيعته يجب العودة إلى منطقة العقد بتطبيقه وفق شروطه، بمعنى أن الظروف الطارئة هي ظروف مؤقتة مصيرها الزوال وبالتالي فإن هدف نظرية الظروف الطارئة هو تمكين المتعاقد من التغلب على هذه الظروف المؤقتة حتى إذا ما زالت وعادت الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها عاد كل من طرفي العقد إلى تنفيذ التزامه وفق شروط العقد المبرم بينهما لعودة التوازن المالي للعقد.

لكن قد يحدث أحياناً استحالة عودة التوازن المالي للعقد وعدم إمكانية المتعاقد من تنفيذ التزامه دون معونة مستمرة من الإدارة كما حدث في قضية مدينة شربورج الفرنسية عندما عزف سكان المدينة عن استعمال الترام بسبب انتشار وسائل النقل السريعة، فرغم موافقة الإدارة على زيادة أسعار الركوب حتى تعيد التوازن المالي للعقد ويمكن الملتزم من تنفيذ التزامه إلا أن دخل المشروع بقي عاجزاً من أن يغطي تكاليفه دون إعانة مستمرة من الإدارة، مما حدا بمجلس الدولة الفرنسي بأن يضمن حكمه بهذه

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٦٠ وما بعدها.

القضية المشهورة باسم Ciedes Tramways ed cherbourg[١] الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ أحكاماً تفصيلية لهذه الحالة مما يعتبر تعديلا على المبادىء التي أقرها في قضية غاز بوردو.

ومن الأحكام التي أضافها مجلس الدولة هي:

١) الحق لكل من طرفي العقد الطلب من القاضي إذا ثبتت استحالة زوال الظرف الطارئ تسجيل تلك الحالة وإذا تم ذلك تحررت الإدارة من التزامها بالتعويض.

٢) على الطرفين محاولة التفاهم على إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلاً للحياة كالاستعاضة عن وسائل النقل العتيقة بوسائل حديثة.

٣) الحق لكل من طرفي العقد "إذا عجزا عن الوصول إلى مثل الحل السابق" أن يطلب من القاضي فسخ العقد وقد يصحب الفسخ الحكم بالتعويض لأحد طرفي العقد إذا كان تعنت الطرف الأخر هو السبب في عدم الوصول إلى اتفاق جديد.

ثانيا – التعديل الثاني الذي ادخله مجلس الدولة الفرنسي على مبادىء وأحكام نظرية الظروف الطارئة يتعلق بمصدر الفعل الذي يتحقق به الظرف الطارئ حيث وسع المجلس من نطاق الظروف الطارئة بأن شملت الأفعال التي تصدر من السلطات الإدارية وسبب ذلك سياسة الاقتصاد الموجه التي كانت تمارسها معظم الدول، بينما كان المسلم به إلى وقت قريب أن الفعل الذي يتحقق به الظرف الطارئ يجب أن يكون بعيدا عن الإدارة، فإذا ما تسببت الإدارة بخطئها أو بفعلها في إحداث ظروف طارئة يكون من شأنها إلحاق الضرر بالمتعاقد فإنها تكون ملزمة بتعويض هذا الضرر كما في حالة رفع الإدارة بقرارات منها الأسعار السائدة وقت التعاقد عند إبرام عقود التوريد فقد أقر مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ التعويض للمتعاقد بسبب الضرر الذي لحقه نتيجة هذا الإجراء الصادر من الإدارة[٢].

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٠٤، ٧٠٥.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٨٢.

والتشريع الفرنسي لا يزال يطبق القواعد المدنية التقليدية بالنسبة لهذه النظرية ولم ينص عليها في العقود الإدارية.

أما الفقه الفرنسي فقد كان إلى جانب قضاء مجلس الدولة لأخذه بهذه النظرية[١].

وقد يعود التوازن المالي للعقد أما بزوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت السبب في إرهاق المتعاقد كأن تعود الأسعار بالانخفاض إلى مستواها الطبيعي أو بإلغاء القيود الاقتصادية أو بعودة العملاء إلى المشروع.

وقد يعود التوازن المالي للعقد بفعل الإدارة عندما تقبل مختارة بتعديل شروط العقد بما يعيد إليه توازنه إذا رغبت أن تتوخى دفع التعويض كأن تزيد الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين مما يعيد للعقد توازنه ويخلصها من دفع التعويض من خزينة الدولة.

وما يجدر ذكره في هذا الصدد أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على عدة أفكار هي:

أولاً: تتصل هذه النظرية اتصالاً وثيقاً ومباشراً في القواعد الضابطة لسير المرافق العامة وبالتالي فهي قابلة للتطبيق في جميع العقود الإدارية التي تتصل بالمرافق العامة مثل عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد النقل .. الخ

ثانياً: إن هذه النظرية تطبق فقط في ظل ظروف طارئة مؤقتة مصيرها الزوال وينتهي تطبيقها بانتهاء تلك الظروف.

ثالثاً: فكرة التعاون التي تنتهي بها أزمة تنفيذ العقد، بمعنى أن طرفي العقد "الإدارة والمتعاقد معها" عليهما التعاون الجدّي للتخلص من الصعوبات الطارئة واجتياز هذه الأزمة بالتغلب عليها مقابل تحمل كل طرف نصيبه من نتائج هذه الظروف.

رابعاً: فكرة تطبيق هذه النظرية تطبيقاً سلبياً بمعنى أنه ليس دائماً يكون التعويض هو

(١) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص ١٤٧ .

الذي يحصل عليه الملتزم، فيمكن لمانح الالتزام أن يعدل في أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله من أجل تخفيض الأرباح الباهظة التي يجنيها الملتزم من المشروع وهذا ما أخذ به المشرع المصري الذي سأبينه لاحقا.

الفرع الثاني

نظرية الظروف الطارئة في التشريع والقضاء الإداري المصري

لقد أقر المشرع المصري نظرية الظروف الطارئة ونص عليها في المادة السادسة من القانون المدني ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بقوله(١):

"إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكن الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول".

كما أن القانون المدني المصري الجديد أقر هذه النظرية في مجال عقود القانون الخاص ونص عليها في المادة ١٤٧ منه حيث يقول:

١) "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

٢) "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا جاء مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٦٣، ٦٦٤.

وبهذا النص أصبحت نظرية الظروف الطارئة مقررة في مصر بنص تشريعي بالنسبة للعقود الإدارية والمدنية على حد سواء.

والفقه المصري يقف إلى جانب الأخذ بهذه النظرية[1].

أما القضاء الإداري المصري فقد أخذ بالنظرية منذ أن اختص بالنظر في العقود الإدارية باعتبارها من الأحكام الرئيسية التي تقوم عليها فكرة العقد الإداري، علماً أن القضاء الوطني والمختلط في مصر رفض الأخذ بهذه النظرية كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي حتى عام ١٩٤٧ رغم أن محكمة الاستئناف الوطنية المصرية حاولت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ نيسان سنة ١٩٣١ إلا أن محكمة النقض المصرية رفضت أن تسايرها ونقضت حكمها السالف بحكم صادر في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢[2].

وأحكام القضاء الإداري المصري كثيرة بهذا الصدد على عكس أحكامه في نظرية فعل الأمير التي أقرها وأخذ بها إلا أن أحكامه بصددها شحيحة.

فمن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ الذي تقول فيه:

"ومن حيث أن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة يختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسائر التي أحاطت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٧٤.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٧٦.

لسير المرفق العام الذي تخدمه ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض دون أن يكون له تعديل الالتزامات التعاقدية"[١].

وفي العراق أقرّ المشرع العراقي في المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني العراقي نظرية الظروف الطارئة بقوله:

"على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[٢].

كذلك يلاحظ على هذا النص أنه مقتبس من النص المصري ولا غرابة في ذلك إذا علمنا أن الدكتور عبد الرازق السنهوري واضع القانون المدني المصري الجديد هو نفسه واضع معظم القوانين المدنية العربية.

المطلب الثاني

نظرية الظروف الطارئة في التشريع والقضاء الأردني

سأتناول وضع هذه النظرية في التشريع الأردني في فرع أول وأما موقع النظرية في القضاء الأردني فسيكون موضوع الفرع الثاني.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٦٨، ٦٦٩.

(٢) الدكتور محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٣٥ وما بعدها.

الفرع الأول

النظرية في التشريع الأردني

أخذ المشرع الأردني بنظرية الظروف الطارئة ونص عليها في القانون المدني الأردني وفي تعليمات العطاءات الحكومية على عكس ما فعل بخصوص نظرية فعل الأمير.

فقد نص المشرع على ما يلي:

"إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"(١).

ومن الملاحظ من هذا النص أن المشرع الأردني أرجع أساس التعويض برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إلى مبدأ العدالة مع أن القضاء والفقه الإداريين أرجعا أساس التعويض إلى مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد إضافة إلى مبدأ العدالة مع أن النص مقتبس من نص القانون المصري ويشابهه معه في العبارات والكلمات.

كذلك نص المشرع الأردني على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات رقم "١" لسنة ١٩٤ حيث يقول:

"يكون من المتفق عليه أن المتعهد لا يتحمل الأضرار المترتبة على التأخير في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب القوى القاهرة. وفي كل الأحوال ــ عند وجود قوى قاهرة ــ على المتعهد تقديم إشعار خطي وفوري إلى

---

(١) المادة ٢٠٥ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

الجهة المختصة بالظروف والأسباب التي تمنع من تنفيذ الالتزام أو التأخير في الوفاء به وتقديم كل ما يثبت ذلك. وتكون القوى القاهرة المؤقتة من مبررات التأخير ويجب الوفاء بعد زوالها وتكون القوى القاهرة الدائمة من مبررات عدم الوفاء" (١).

وللباحث رأي في هذا النص:

فالمشرع الأردني استعمل مصطلح القوى القاهرة للدلالة على الظروف الطارئة وذلك من دلالة قوله "... إذا كان التأخير في تنفيذ العقد" ومن قوله أيضاً " .. تكون القوى القاهرة المؤقتة من مبررات التأخير" وصفة "المؤقتة" من صفات الظروف الطارئة التي تعتبر ظروفاً استثنائية مؤقتة مصيرها الزوال.

وأخيراً فإن نتيجة القوة القاهرة هي أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بينما تكون نتيجة الظروف الطارئة التي عبر عنها المشرع بالقوى القاهرة هي التأخير في التنفيذ وتجعله مرهقاً وصعباً وعسيراً بالنسبة للمتعاقد وليس مستحيلاً.

هذا بالإضافة إلى أن المشرع الأردني نص على القوة القاهرة تحت عنوان "التوقف القهري" في الشروط العامة ــ الجزء الأول في دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية بقوله:

"إذا حصلت بعد توقيع العقد ظروف طارئة خارجة عن إرادة الفريقين وجعلت من المستحيل أو من المتعذر قانونا على أي فريق منهما لهذه الأسباب أو بموجب القانون الذي يحكم العقد أن يفي بالتزاماته التعاقدية يعتبر الفريقان المتعاقدان متحللين من مسؤولية التنفيذ للأشغال المتبقية .." (٢).

وبهذا النص استعمل المشرع أيضا لفظ ظروف طارئة ويقصد بها القوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلاً بينما استعمل لفظ القوى القاهرة وقصد بها الظروف الطارئة.

---

(١) المادة ٨٤/أ/ب/ج من التعليمات المشار إليها.
(٢) المادة ٩٠ من التعليمات المشار إليها.

والباحث يتمنى لو أن المشرع يتدارك هذا التناقض في المصطلحات ليكون أدق في التعبير ويستعمل الألفاظ والمصطلحات المعبرة عن مضمونها وعن قصد المشرع نفسه.

وخلاصة القول أن المشرع الأردني نص على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في العقود المدنية ويمكن تطبيقها على العقود الإدارية وخاصة عقد الامتياز.

الفرع الثاني
النظرية في القضاء الأردني

لقد مرت نظرية الظروف الطارئة في مرحلتين من التطبيق في القضاء الأردني، ففي المرحلة الأولى رفضت محكمة التمييز الأردنية تطبيق هذه النظرية بسبب عدم وجود نص قانوني عليها كما جاء في حكمها الذي تقول فيه: "ليس في مجلة الأحكام العدلية ما يمكن أن يستفاد منه أن واضع القانون قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة وواجب تطبيقها"(١). كذلك حكمها رقم ١٩٨٠/٣٤١ تاريخ ١٩٨٠/٢/١١ الذي تقول فيه: "أن التشريع الأردني الذي كان نافذ المفعول قبل صدور القانون المدني لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة"(٢).

أما المرحلة الثانية فتبدأ بصدور القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ الذي نص على نظرية الظروف الطارئة ووضع شروطها وهي:

١) أن تكون حوادث استثنائية عامة.

٢) لم يكن في الوسع توقعها.

٣) أن تجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا يهدد المتعاقد بخسارة فادحة إن لم يكن تنفيذ الالتزام مستحيلا.

---

(١) حكم رقم ١٩٧٨/٣٥٧ تاريخ ١٩٧٨/١١/٢٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، لسنة ١٩٧٨، ص ٤١١.

(٢) مجلة نقابة المحامين الأردنيين، لسنة ١٩٨١، ص ٧٧٥.

٤) أن تكون الظروف الطارئة مستقلة عن إرادة طرفي العقد[١].

ولدى الرجوع إلى الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الأردني بهذا الخصوص يتبين أن القضاء أقر بأن نظرية الظروف الطارئة هي نتيجة ظروف لا يمكن توقعها وأن القانون المدني الأردني نص عليها كما أنه يفرق بينها وبين نظرية عمل الأمير.

ففي حكم لمحكمة التمييز الأردنية ــ حقوق ــ تقول فيه:

"ليس في مجلة الأحكام العدلية ما يمكن أن يستفاد منه أن واضع القانون قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة وأوجب تطبيقها وإنما استحدثت هذه النظرية لأول مرة في المملكة بالقانون المدني الجديد كما هو واضح من المادة ٢٠٥ من هذا القانون" [٢].

وفي الحكم ذاته تقول المحكمة:

"إن من المبادىء السائدة أنه لا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كانت هذه الظروف الطارئة لا يمكن توقعها".

كما أصدرت محكمة التمييز العديد من الأحكام القضائية التي بينت فيها شروط تطبيق هذه النظرية.

ففي حكم لها تقول فيه: "يشترط لتطبيق الأحكام المتعلقة بالحوادث الطارئة أن تكون هذه الحوادث عامة ولم يكن في الوسع توقعها وإن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً بل صار مرهقاً للمدين"[٣].

كذلك أقرت المحكمة هذه النظرية شريطة تحقق شروطها المنصوص عليها في القانون المدني الأردني بموجب حكمها رقم ١٩٨٠/٣٤١ تاريخ ١٩٨٠/٢/١١ المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨١، ص ٧٧٥. وحول شرط أن تكون الظروف

---

(١) المادة ٢٠٥ من القانون المدني الأردني.
(٢) حكم رقم ١٩٧٨/٣٥٧ تاريخ ١٩٧٨/١١/٢٨ – مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٩ – ص ٤١١.
(٣) حكم رقم ١٩٧٧/٤٠٤ تاريخ ١٩٧٨/١/١٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٨، ص ٣٩٤.

الطارئة مستقلة عن إرادة طرفي العقد أقرت المحكمة ذلك في قرارها بتاريخ ١٩٧٩/٤/٣٠ المنشور في مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٧٩، ص ١٢٤٦.

وفي حكم آخر للمحكمة تقول فيه:

"لا يستند إلى أساس القول بأن نظرية عمل الأمير لا تخرج عن كونها تطبيقا لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها في المادة ٢٠٥ من القانون المدني ذلك لأن نظرية الحوادث الطارئة هي نظرية مستقلة لا تدخل تحت مفهوم نظرية عمل الأمير لوجود اختلاف أساسي وجوهري بين النظرتين من حيث شروط تكوينهما" [١].

ومع أن القضاء الأردني استقرت أحكامه على تطبيق القواعد العامة المدنية على العقود الإدارية إذا لم يكن هناك نص خاص بالنسبة للعقد الإداري "وقد سبقت الإشارة إلى أكثر من حكم في هذا الموضوع واكتفي بالإحالة إليها خشية التكرار". فإن الباحث ليتساءل لماذا لا يطبق قضاؤنا الإداري نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية علماً أن هذه النظرية كشقيقتها نظرية فعل الأمير من صنع القضاء الإداري، ومن هنا يناشد الباحث قضاءنا الجريء والنزيه أن يطبق هذه النظرية أيضاً على العقود الإدارية أسوة بالقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وغيرهما من دول العالم لأنه لا يوجد ما يمنع من تطبيقها إذا انعدم النص الخاص الواجب التطبيق في العقود الإدارية وذلك أدعى لتحقيق العدالة مع أن القضاء النظامي الأردني يطبق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود بما فيها العقود الإدارية.

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

من الملاحظ من أحكام مجلس الدولة الفرنسي وأحكام القضاء الإداري المصري ومحكمة التمييز الأردنية التي أقرت التعويض للمتعاقد وفق نظرية الظروف الطارئة أن

---

(١) حكم رقم ١٩٧٩/١١٧ تاريخ ١٩٧٩/٤/١٠ – مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٩ – ص ١٢٣٤.

هناك شروطاً يجب توافرها حتى يمكن تطبيقها وهذه الشروط هي:

أولاً: طبيعة الظرف الطارئ.

ثانياً: أن يكون الظرف غير متوقع من قبل طرفي العقد ولا يمكن دفعه.

ثالثاً: أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين.

رابعاً: وقت وقوع الظرف.

خامساً: أثر الظرف على العقد.

وفيما يلي تفصيل هذه الشروط:

أولاً – طبيعة الظرف الطارئ:

تختلف الظروف الطارئة باختلاف مصدرها، فمنها ما يكون ناتجاً عن السلطات العامة ومنها ما يكون نتيجة الطبيعة ومنها ما يكون نتيجة ظروف اقتصادية، فهل يصدق على جميع هذه الظروف وصف الظرف الطارئ الذي يوجب التعويض للمتضرر وفق نظرية الظروف الطارئة؟

إذا علمنا أن الظرف الطارئ هو الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ويجعله مرهقاً وأكثر كلفة على المتعاقد فإن ما يصدر عن السلطات العامة من إجراءات عامة كصدور قوانين اجتماعية تترتب عليها زيادة في أجور العمال أو الأسعار زيادة جسيمة أو فرض ضرائب جديدة أو زيادة نسبتها بشكل يخل إخلالاً كبيراً باقتصاديات العقد أو صدور قانون يخفض العملة الوطنية أو يفرض قيوداً على تداولها أو صدور قوانين تقضي بتثبيت الأسعار نتيجة إتباع سياسة الاقتصاد الموجه، وفي جميع هذه الأحوال تكون الإدارة سبباً فيها وتعتبر ظروفاً طارئة يتوجب عليها التعويض وفق أحكام نظرية الظروف الطارئة وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري المصري أيضاً[1].

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٧٤.

فمجلس الدولة المصري أقر بتاريخ ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ أن قرار مجلس الوزراء القاضي بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادث استثنائي عام لأنه لم يكن في الوسع توقعه من قبل المتعاقدين حين إبرام العقد، ويمضي المجلس ويقول في حكمه ".. مع التسليم الجدلي بأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع التجاء الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به" (١).

كما أن محكمة القضاء الإداري المصرية أقرت في حكمها الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٥٣ أن صدور أمر عسكري بفرض إعانة غلاء معيشة للعمال أثناء الحرب بنسبة معقولة لا يخرج عن حد المعقول ويدخل ضمن حسن تقدير المقاول الحريص الذي يزن الأمور ويقدر نتائجها ومن ثم فإنها لا تعتبر من قبل الظرف الطارئ(٢).

ورفض المحكمة في هذه الحالة للتعويض يرجع إلى شرط آخر وهو بساطة الخسارة التي لحقت بالمقاول ولم ترفض الظرف لطبيعته كونه إجراءً عاماً صادراً من السلطات العامة.

حتى الإجراءات الخاصة الصادرة عن السلطات العامة تعتبر في نظر مجلس الدولة الفرنسي والمصري ظروفا طارئة مثل صدور أمر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة إذا ترتب على ذلك إخلال باقتصاديات العقد ولم تطبق نظرية عمل الأمير.

وإجراء الإدارة بترحيل بعض المساجين من بعض السجون أو سحب الإدارة للموقوفين والعسكريين الموجودين تحت تصرف المتعهد أو تدخل الإدارة في السوق كمشترية لتنفيذ مشروعات عامة في أماكن مجاورة للأعمال محل التعاقد ففي هذه الحالات جميعها أقر مجلس الدولة الفرنسي التعويض وفق نظرية الظروف الطارئة.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٧٤، ٦٧٥.
(٢) مجموعة أحكام المحكمة (سنة ٧)، ص ١٠٤٧.

كذلك الظروف الناتجة عن الطبيعة كالزلازل والفيضانات أو الظروف الناتجة لأسباب اقتصادية كرفع الأسعار ارتفاعا فاحشا[1].

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ٩ يونيو سنة ١٩٦٢ أن ارتفاع أسعار الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد لكنه يعتبر ظرفا طارئا لم يكن في الحسبان عند التعاقد وقد ترتبت عليه زيادة أعباء الشركة بتحملها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما[٢].

ثانيا: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع الحدوث ولا يمكن دفعه:

يعتبر هذا الشرط هو الشرط الجوهري والأساسي الذي سميت بهذه النظرية باسمه مما يعني أن الظرف الطارئ الذي أدى إلى قلب اقتصاديات العقد لم يكن بالحسبان توقعه من قبل المتعاقدين عند إبرام العقد وان هذا الشرط يتناسب مع الفكرة التي تقضي بأنه في كل عقد توجد مخاطر عادية على الأطراف المتعاقدة أخذها بعين الاعتبار في توقعاتهم ويتحملها المتعاقد وتقضي الفكرة نفسها بأنها تكشف عن مخاطر غير اعتيادية أي استثنائية لم يكن يتوقعها المتعاقد بشكل معقول[٣].

لكن مفهوم عدم التوقع يجب أن لا يعرف بذاته أي مجرداً عن كل اعتبار بل لا بد من الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تحيط بكل قضية فلا تؤخذ المسألة بشكل مطلق بل لا بد من دراسة وتحليل ظروف كل عقد عند إبرامه [٤].

إضافة إلى كون الظرف الطارئ يجب أن يكون غير متوقع الحدوث يجب أن لا يكون بالوسع دفعه، فالحادث الطارئ الذي يمكن دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعا أو غير متوقع.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٧٦.
(٢) مجموعة أحكام المحكمة، السنة ٧، ص ١٠٢٤.
(٣) جيز، العقود الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٧١.
(٤) دي لوبادير – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ٦٥.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: هل يجب أن يكون عدم التوقع منصباً على الظرف بذاته الذي أدى إلى قلب اقتصاديات العقد أم هل يكفي أن تكون نتائجه ومدى تأثيرها هي غير المتوقعة؟

يجيب عن هذا التساؤل قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى في البداية بتطبيق النظرية على عدم توقع الظرف الطارئ نفسه وأهمل فكرة آثار الظرف الطارئ ومداها وذلك بموجب حكمه الصادر في قضية غاز بوردو بسبب ارتفاع سعر الفحم نتيجة الحرب العالمية الأولى الذي سبقت الإشارة إليه. إلا أن المجلس عاد عن تشدده وأقر بتطبيق هذه النظرية على الآثار المترتبة على الظرف الطارئ كما هو الشأن في حكمه الصادر في ٤ تشرين أول سنة ١٩٣٢ الذي قضى بموجبه صراحة أنه إذا كان احتمال احتلال إقليم الرهر قائماً وقت إبرام العقد فإن ما سببه من ارتفاع الأسعار لا سيما في سعر الحديد قد فاق الاحتمالات العادية للطرفين[1].

كذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي التعويض على أساس الآثار المترتبة على الظرف الطارئ في حالة الإجراءات الصادرة عن السلطات العامة كالقوانين الاجتماعية أو المالية التي تفوق آثارها كل ما يمكن توقعه وقت إبرام العقد حتى لو كانت الإجراءات نفسها متوقعة من قبل المتعاقد عند إبرامه للعقد. كما عوض المجلس عن ظرف الحرب سواء أكانت غير متوقعة وهو أول ظرف طبق فيه المجلس هذه النظرية كما عوض عن الحرب رغم توقعها إذا زاد ارتفاع الأسعار بسببها عن كل مدى متوقع.

وقد طبق المجلس المبادىء ذاتها في حال الإضرابات أو الأزمات الاقتصادية كارتفاع الأسعار نتيجة ظروف اقتصادية عامة[2].

وفي مصر أخذ القضاء الإداري المصري بالمبادىء التي طبقها مجلس الدولة الفرنسي.

---

(١) الدكتور محمود المغربي – المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية – مرجع سابق – ص ١٤٤ وما بعدها.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي – الأسس العامة – مرجع سابق – ص ٦٨٢.

فالمحكمة الإدارية العليا المصرية أقرت التعويض على أساس جسامة الآثار المترتبة على الظرف الطارئ كما هو في حكمها الصادر بتاريخ ٩ يونيو سنة ١٩٦٢ الذي تقول فيه:

"إن الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق إن صح أنه كان متوقعاً بالنسبة إلى العقد الثاني فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد .. ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة"[١].

ومحكمة القضاء الإداري المصرية رفضت التعويض في حكمها الصادر في ١٤ نيسان سنة ١٩٦٠ الذي تقول فيه:

".. وعلى ذلك فإن الاعتداء الثلاثي على مصر كان أمراً يجب أن يتوقعه المدعي عند إبرام العقد إذ كان موقف سوريا من شقيقتها العربية وقتئذ موقف المؤازرة والتكافل لتوتر الجو الدولي وما صحبته من ارتفاع الأسعار، فإذا كان المدعي يرد ما أصابه من ضرر إلى هذه الحرب فإنها كانت متوقعة من كل السوريين ومن ثم تخلف هذا الشرط من شروط الظرف الطارئ"[٢].

ثالثاً: أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد:

يوجد خلاف فقهي بصدد هذا الشرط، فمن الفقهاء من يرى أن الظرف الطارئ يجب أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين "الإدارة والمتعاقد معها" ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه جيز. ومن الفقهاء من يرى أن الظرف الطارئ يجب أن يكون خارج إرادة المتعاقد فقط ومن أنصار هذا الرأي الفقيه دي لوبادير[٣].

والرأي الفقهي الراجح هو أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن توقع المتعاقد فقط ومن هؤلاء الفقهاء العميد الدكتور سليمان الطماوي. ويعزو هؤلاء الفقهاء هذا

---

(١) أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٨٠ وما بعدها.

(٢) مجموعة أحكام المحكمة، السنة ١٤، ص ٣٦ أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٨٠.

(٣) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

الرأي إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد ادخل تعديلات على مبادىء وأحكام هذه النظرية التي انشأها، فقد أقر التعويض للمتعاقد عن الإجراءات التي تصدر عن السلطة العامة وذلك بسبب السياسة التي تتبعها معظم الدول وهي سياسة الاقتصاد الموجه وقد سبقت الإشارة إلى هذه التعديلات.

يرى الباحث أن إمكانية عدم التوقع يجب تكون خارجاً عن إرادة المتعاقد فقط وليس عن إرادة طرفي العقد وذلك لمنطقية تبرير أصحاب هذا الرأي إضافة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي الذي انشأ هذه النظرية قد أقر إضافات جديدة على أحكام ومبادىء هذه النظرية بأن ادخل عليها الأعمال التي تصدر عن الإدارة بصفتها سلطة عامة وعوض للمتعاقد عن الأضرار التي تلحق به جراء هذه الإجراءات وبالتالي فإن عدم التوقع يجب أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد فقط.

فالإدارة إذا ما تسببت في إحداث ظرف طارئ بعملها يكون من شأنه إلحاق ضرر بالمتعاقد وجب عليها التعويض بناءً على نظرية الظروف الطارئة إذا كان عملها بخطأ منها. أو بناءً على نظرية عمل الأمير إذا كان الإجراء بغير خطأ وكان إجراء مشروعا.

أما إذا كان الظرف الطارئ تسبب به المتعاقد عن عمد أو إهمال بارتكابه خطأ تسبب بزيادة أعبائه نتيجة إهماله أو تقصيره ببذل الجهد اللازم لتوقي الظرف الطارئ إذا كان توقي الظرف في حيز المستطاع. أو يهمل في استعمال وسائل فنية تتيح له استبعاد الخسارة أو أهمل في تغطية نفسه بقدر كافٍ من العملات الأجنبية عند بدء انخفاض العملة الوطنية فمجلس الدولة يرفض التعويض لتخلف شرط عدم التوقع أما إذا تسبب المتعاقد في الظرف الطارئ بشكل جزئي أو ساعد بخطئه في زيادة أعبائه فإن القاضي يراعي ذلك في تقدير التعويض..

رابعاً: وقت وقوع الظرف الطارئ:

وهذا الشرط لا يثير صعوبة عند الفقهاء والقضاء الإداري لأن الحدث الطارئ يجب أن يقع عقب إبرام العقد الإداري وقبل انتهاء المدة المقررة للتنفيذ لأن العقد قد يمتد فترة زمنية لتنفيذه قد تحدث ظروف طارئة خلال مدة التنفيذ مما يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد.

لكن الأمر يدق عندما تحدث ظروف طارئة قبل إبرام العقد أو بعد انتهاء المدة المحددة لتنفيذه.

من المعلوم أن العقد الإداري يتم على مراحل متعددة وأن الفرد يلتزم بالعطاء منذ تقديمه وحيث لا يجوز له أن يرجع فيه وإن وقتاً يمر بعد تقديم العطاء وقبل موافقة الإدارة عليه وتصديقه فالظرف الطارئ الذي يقع بعد تقديم العرض يجوز التعويض عنه حسب قضاء مجلس الدولة الفرنسي لأن الفرد التزم بالعطاء ولا يجوز الرجوع عنه(١).

أما إذا وقع الظرف الطارئ ولم تبت الإدارة في العطاء خلال المدة المحددة يحق للمتقدم بالعطاء أن يسحب عطاءه وإن لم يفعل ذلك فلا يعوض على أساس الظرف الطارئ باعتباره عالماً به وقت تعاقده(٢).

أما بالنسبة للظرف الطارئ الذي يقع بعد إنهاء المدة المحددة للتنفيذ فالأصل أنه لا يعوض المتعاقد عن ذلك لأنه لا صلة بين الظرف الطارئ وتنفيذ العقد لانتهاء المدة المحددة له. وإذا كان التنفيذ امتد إلى ما بعد المدة المقررة ووقع الظرف الطارئ فإن المتعاقد لا يعوض إذا كان التأخير في التنفيذ راجعا إلى خطئه وعليه أن يتحمل وزر خطئه وفي حال تم التأخير في التنفيذ بسبب خطأ الإدارة فيعوض المتعاقد وفق نظرية الظروف الطارئة كذلك إذا وافقت الإدارة على طلب المتعاقد بتمديد فترة التنفيذ. وهذه

---

(١) حكم المجلس الصادر بتاريخ ١٢ يناير ١٩٣٨، المجموعة ٢٠ ، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٨٣.

(٢) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص ١٥٨.

المبادىء طبقها مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه كما طبقها القضاء الإداري المصري[١].

خامساً: أثر الظرف الطارئ على العقد:

يجب أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، بمعنى أن تلحق بالمتعاقد خسارة فادحة حتى تطبق نظرية الظروف الطارئة فلا يكفي في هذا الصدد أن يفقد المتعاقد أرباحه كلها أو بعضها أو أن يلحق به ضرر معقول.

وفكرة قلب اقتصاديات العقد فكرة نسبية تقدر في كل حالة ووفق ظروف كل عقد على حدة، لأن المتعاقد يضع في اعتباره عند إبرام العقد إمكانية ارتفاع الأسعار في وقت لاحق وبالتالي فهو يضع في ذهنه هذا التوقع ويضع بناءً عليه "السعر الحد" أو ما يعرف عادة بعتبة عدم التوقع والنتيجة المترتبة على ذلك أن المتعاقد لا يعوض عن الخسارة التي تلحق به إذا لم تتجاوز عتبة عدم التوقع وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي هذا المفهوم "السعر الحد أو عتبة عدم التوقع" أمراً جوهرياً لا يعوض عنه إذا لم تتجاوز الخسارة التي تلحق بالمتعاقد هذا السعر[٢].

أما مفهوم قلب اقتصاديات العقد فيعني أن تكون الخسارة جسيمة ترهق المتعاقد لكنها لا تجعل التنفيذ مستحيلاً وهي فكرة نسبية أيضاً تقدر في كل حالة وفق ظروف كل عقد على حدة.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري:

" .. والإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت بل يتغير بتغير الظروف فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٥ يناير ١٩٣٢، المجموعة، ص ٦٤، وحكم المحكمة الإدارية المصرية العليا الصادر بتاريخ ٩ يونيو ١٩٦٢، أشار إلى هذين الحكمين الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٨٣.

(٢) الدكتور محمود المغربي، مرجع سابق، ص ١٥٩ .

آخر وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي فإن التعامل مكسب وخسارة" (١).

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا المصرية بهذه المبادىء في حكمها الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٧٢ الذي تقول فيه(٢):

"ليس للمتعاقد أن يستند إلى الظروف الطارئة للمطالبة بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما يجب أن تكون الخسارة متميزة".

كذلك قرار محكمة القضاء الإدارية المصرية الصادر في ١٩ يونيو سنة ١٩٦٠ "بأن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة مما قدّرهُ المتعاقدان تقديراً معقولاً بأن تكون الخسارة الناشئة عنه والتي تلحق بالمتعاقد فادحة واستثنائية تتجاوز الخسارة العادية ..أو انحصر كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية"(٣).

ومعيار الإرهاق معيار موضوعي بالنسبة للصفقة التي يديرها المتعاقد وليس معياراً ذاتياً بالنسبة إلى شخص المدين، بمعنى أن الخسارة الفادحة يجب أن تقتصر على الصفقة التي أصبحت مرهقة وليس بالنسبة لجميع ثروة المتعاقد، فمثلاً إذا تعاقدت الحكومة مع فرد وكان للمتعاقد أن يتمسك قبل الحكومة بهذه النظرية إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التي عقدتها معه تتهددها بخسارة فادحة ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة لأنها تعتبر بسيطة بالنسبة لميزانيتها الضخمة.

---

(١) الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٦٤٥.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٨٧.

(٣) مجموعة الأحكام التي أقرتها المحكمة السنة ١٤، ص ٢٦١.

كذلك لا ينتفي الإرهاق إذا كان المتعاقد مع الإدارة قد أسعفته ظروف مواتية لا علاقة لها بالعقد أو الصفقة المرهقة ومثال ذلك أن يتعاقد تاجر مع الإدارة على توريد قمح وكان التاجر قد خزن كمية كبيرة من القمح دون أن يتوقع ارتفاع أسعار القمح ودون أن تكون هناك صلة بين التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ثم علا سعر القمح لظرف طارئ أضعافاً مضاعفة فيحق له أن يتمسك بهذه النظرية لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها ولا شأن للإدارة بالربح الذي يجنيه من القمح المخزن لديه لانقطاع الصلة بين التخزين وبين التزامه بالتوريد(١).

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو: كيف يقدر الإرهاق فيما إذا قام المتعاقد بعدة أنشطة مع الإدارة؟

يجيب على هذا التساؤل قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي وضع في الاعتبار عند تقدير الإرهاق جميع أوجه النشاط التي يمارسها المتعاقد والتي يقوم بينها اتصال بحيث ينظر إلى جميع أوجه النشاط الفرعية ككل لا يتجزأ من النشاط الأصلي، كالملتزم في عقد امتياز وكان يشارك في عقد التزام آخر فيجب أن يحسب في تقدير الإرهاق ما يحصل عليه الملتزم من الالتزام الثانوي الذي يشارك فيه(٢).

وإذا كان المتعاقد يمارس أوجهاً مختلفة من النشاط ولكن بمقتضى عقد واحد كتنفيذ أشغال عامة يجب أيضاً أن يدخل في حساب تقدير الإرهاق جميع الأعمال المنصوص عليها في العقد. لكن إذا كان النشاط الذي يمارسه المتعاقد ناتجاً عن عقدين مختلفين لا صلة بينهما أو كل عقد مع جهة إدارة أخرى فإن الإرهاق يقدر بالنسبة إلى كل عقد على حدة. وهذا ما أقره المجلس في أحكامه الصادرة بتاريخ ٢١ تشرين أول سنة ١٩٤٧ و ٨ آب ١٩٢٤ و ١٩ شباط ١٩٢٦(٣).

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٨٧.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٠ نيسان ١٩٣٠، المجموعة، ص ٤٨٠، وحكمه الصادر بتاريخ ٣٠ آذار ١٩٣٠ (مجلة القانون العام) سنة ١٩٣٠، ص ٧٩٠.

(٣) أشار إلى هذه الأحكام الدكتور سليمان الطماوي في كتابه الأسس العامة – مرجع سابق – ص ٦٨٨.

وفي العراق تبنى القضاء العراقي نظرية الظروف الطارئة واعتبر من قبيل هذه الظروف على سبيل المثال حدوث فيضان وغزارة الأمطار وشدتها وانتشار الأوبئة والأمراض وانقطاع المواصلات وارتفاع أسعار المواد الأولية والإنشائية وارتفاع أسعار اليد العاملة ومنع الاستيراد [(١)].

وبعد أن علمنا الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بد من بيان نطاق تطبيق هذه النظرية، بمعنى على أي العقود تطبق، وثانيا معرفة من هو صاحب الحق بالتمسك بهذه النظرية.

المطلب الأول

نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة

من الملاحظ أن البلاد التي نصت قوانينها المدنية على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة قد أرجعت أساس التعويض وفق هذه النظرية إذا توافر شروطها إلى مبدأ العدالة، وبالنسبة للعقود الإدارية فقد أرجع القضاء الإداري الفرنسي والمصري أساس التعويض إلى مبدأ سير المرافق العامة وبالتالي فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا في العقود التي تتصل اتصالاً وثيقا ومباشراً في المرافق العامة كعقد الامتياز وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد والنقل لأن الهدف الأساسي لهذه النظرية هو استمرار عمل المرافق العامة لذلك فإن النظرية لا تطبق على العقود التي لا علاقة لها بسير هذه المرافق وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ٢٨ تشرين أول سنة ١٩٥٢[(٢)].

وبالنسبة لعقد التوريد استقر الاجتهاد القضائي وأحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر على تطبيق هذه النظرية على عقد التوريد إلا أن الاجتهاد القضائي

---

(١) الدكتور محمود خلف الجبوري – مرجع سابق – ص ١٩٨.

(٢) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص ١٣٥.

السوري لا يزال يكتنفه التناقض حول هذا العقد فتارة يقر التعويض على أساس هذه النظرية وتارة أخرى يرفض التعويض.

فالمحكمة الإدارية العليا السورية ألغت في حكم لها رقم ٣١٥ سنة ١٩٧٧ قرار محكمة القضاء الإداري السورية المتضمن التعويض للمتعهد الذي يقوم بتوريد كمية من اللحوم للمستشفى وطالبات مدرسة التمريض التابعة له على أساس أن ارتفاع الأسعار في اللحوم كان ظرفا عاما طارئاً مستقلاً عن إرادة المتعاقدين ومما لا يمكن توقعه وقد أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ورتب خسارة فادحة غير مألوفة للمتعهد.

ثم عادت المحكمة الإدارية العليا السورية وأقرت التعويض على أساس هذه النظرية بقرارها رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٧[1].

المبحث الثالث

الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها آثار قانونية هامة وضعها مجلس الدولة الفرنسي وتتركز هذه الآثار في الأفكار الثلاث التالية:

أولا: استمرار التزامات المتعاقد كما هي.

ثانيا: حق المتعاقد في الحصول على مساعدة وعون الإدارة.

ثالثا: اعتبار العون الذي يتلقاه المتعاقد من الإدارة عونا مؤقتا.

المطلب الأول

استمرار التزامات المتعاقد كما هي

تقع نظرية الظروف الطارئة في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يوفي بالتزاماته وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة

---

(١) الدكتور عبدالهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، دار المستقبل، ص ١٦٢.

التنفيذ وبالتالي تحرر المتعاقد من التزاماته.

فالظرف الطارئ لا يعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته وإن كانت مرهقة لكنها ليست مستحيلة وإنما هي ممكنة وبالتالي يجب عليه الاستمرار في التنفيذ رغم صعوبته لأن الهدف من تطبيق هذه النظرية كما أقرها مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير في قضية غاز بوردو "سبقت الإشارة إليه" هو ضمان استمرار المرفق العام.

وهذه النظرية وإن كانت قد تقررت لأول مرة في فرنسا بمناسبة عقد الامتياز إلا أن مدى تطبيقها يشمل جميع العقود الإدارية التي تتصل بالمرفق اتصالاً مباشراً أو غير مباشر. وفي مصر تشمل جميع العقود.

والنتيجة المترتبة على ذلك أن المتعاقد الذي يريد أن يستفيد من هذه النظرية يتوجب عليه أن يستمر في تنفيذ التزاماته رغم وجود الظرف الطارئ ما دام العقد ممكناً وبالتالي إذا توقف المتعاقد عن التنفيذ فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات عليه خاصة غرامة التأخير وساعتها لا يجديه نفعا الدفع أو الاحتجاج بالظرف الطارئ إلا إذا تحول هذا الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة خلال مدة قصيرة فيحق للمتعاقد التوقف عن التنفيذ خلال هذه الفترة ثم يعود ويستمر في التنفيذ متى زالت القوة القاهرة وإلا امتنع عليه الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة ما لم تؤد القوة القاهرة إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة ساعتها يتحرر المتعاقد من التزاماته وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٨ شباط سنة ١٩٤٠ "المجموعة ص ٣٢" [١].

وحول إمكانية تطبيق النظرية رغم توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته فقد سلك مجلس الدولة الفرنسي مسلكاً مرناً بهذا الخصوص، فقد يحكم بالتعويض إذا قدر صعوبة الظرف الطارئ الذي تعرض له المتعاقد المتوقف عن التنفيذ مع خصم غرامات التأخير من قيمة التعويض كما هو الشأن في حكمه الصادر في ١٣ تشرين أول سنة ١٩٥٣،

(١) أشار إلى هذا الحكم العميد الدكتور سليمان الطماوي في كتابه الأسس العامة – مرجع سابق – ص ٦٨٩.

وفي حالات أخرى رفض التعويض على أساس هذه النظرية[١].

وفي مصر سلك القضاء الإداري المصري مسلك مجلس الدولة الفرنسي الأول وهو التعويض مع خصم غرامة التأخير من قيمة التعويض وذلك بموجب حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٩ يونيو سنة ١٩٦٢ "سبقت الإشارة إليه" الذي قررت فيه التعويض للشركة المتعاقدة على توريد الزئبق وفق نظرية الظروف الطارئة رغم توقفها عن تنفيذ التزامها بتوريد الزئبق لارتفاع سعره فقامت الإدارة بالشراء على حساب الشركة بالأسعار المرتفعة فقضت المحكمة بأن هذا الشراء يفترض استمرار العقد منتجاً لآثاره فيقع على عاتق الشركة غرامة التأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء وذلك مع تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني

حق المتعاقد في الحصول على عون الإدارة

تختلف أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني عنها في القانون الإداري اختلافاً جوهرياً بموضوع فكرة حق المتعاقد في الحصول على عون الإدارة للاستمرار في تنفيذ التزاماته.

فمن المسلم به أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يعدل من التزامات المتعاقدين أو أن يعدل في شروط العقد التي قبلها طرفا العقد بإرادتهما الحرة ولا تتعدى سلطة القاضي الإداري الحكم بالتعويض وذلك على عكس سلطة القاضي في القانون المدني الذي يستطيع أن يعدل من التزامات المتعاقدين استناداً لنص القانون.

وحتى نعرف حقيقة التعويض الذي يحكم به القاضي الإداري ومقداره لا بد من معرفة سلطة القاضي في كل من القانون المدني والقانون الإداري ومرجع هذا الخلاف.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٩٠.

الفرع الأول

سلطة القاضي في مواجهة الظرف الطارئ

علمنا أنه من المسلم به أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يعدل من شروط العقد إطلاقاً وكل ما يملكه هو الحكم بالتعويض كما هو واضح في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو وذلك بعد دعوة أطراف العقد إلى التفاوض للوصول إلى حل ودي فيما بينهم حتى إذا فشلوا في التوصل إلى هذا الحل يحكم القاضي بالتعويض.

وموقف مجلس الدولة هذا تعرض إلى انتقاد من قبل بعض الفقهاء ومنهم الفقيه "دوغي" باعتبار هذا المسلك يتعارض مع المبدأ الذي بموجبه لا يحكم القاضي إلا استناداً لموافقة الأطراف في حين أيد فقهاء آخرون مسلك مجلس الدولة ومنهم الفقيه "جيز" والفقيه "هوربو"(١).

وبعض الفقهاء ومنهم العميد الدكتور سليمان الطماوي يرد مسلك مجلس الدولة الفرنسي المشار إليه على أساس أن مهمة القاضي كقاعدة عامة هي تفسير العقود وتطبيق أحكامها لا تعديل شروطها وهذه قاعدة أساسية في العقود الإدارية والمدنية على حد سواء.

كما أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين ولو كان باستطاعته تعديل العقد الإداري لكان ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة وهذا ما لا يملكه إطلاقاً.

وأخيراً فإن الإدارة حين تُضَمِّن العقد شروطاً معينةً غير مألوفة وتحمل المتعاقد معها التزامات محددة فإنها تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من وراء ذلك وإذا أتيح للقاضي الإداري أن يعدل شروط العقد الإداري رغم أنف الإدارة فإنه يعرض المصلحة العامة للخطر ومن ثم فإن دواعي المصلحة العامة تقتضي أن تظل شروط العقد نافذة

---

(١) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص ١٧٣.

حتى تقبل الإدارة مختارة تعديلها إذا تأكدت مقدما أن المصلحة العامة لن تضار من هذا التعديل.

وهذا ما سلكه القضاء الإداري المصري في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ وتتلخص هذه القضية أن الإدارة المصرية نافست ملتزم تسيير الأتوبيس النهري فسببت له أضرارا فحكمت محكمة القضاء الإداري بتعويضه عنها بتعديل شروط العقد إلا أن المحكمة الإدارية العليا ألغت حكمها وقضت بالتعويض الجزئي استنادا لنظرية الظروف الطارئة وجاء في حكمها:

"أن تعديل الأتاوة المتفق عليها ينطوي على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارئ أثناء تنفيذه وهو أمر لا يملكه القاضي الإداري" (١).

أما القاضي في القانون المدني فيستطيع أن يعدل التزامات المتعاقدين ويعدل من شروط العقد ولكنه يستمد هذه الصلاحية من نص القانون كما هو واضح من نص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري الذي ينص على:

".. جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول".

وهذا النص يشمل جميع العقود التي تخضع للقانون المدني وعقود الإدارة التي لا تتوافر فيها خصائص العقود الإدارية.

الفرع الثاني

أساس التعويض

اختلف الفقهاء في أساس التعويض الذي يحكم به القاضي الإداري.

فقسم من الفقهاء يرى أن الأساس هو مبدأ التوازن المالي للعقد ومن أنصار هذا

---

(١) مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة سنة ١٣، ص ٨٧٤، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٩٥.

الرأي الفقيه "فالين" والفقيه "دي سوتو" [1].

إلا أن الفقيه الفرنسي بيكينو انتقد هذا الرأي بحجة أن التوازن المالي للعقد يؤدي إلى التعويض الكامل في حين أن التعويض وفق نظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئي ومؤقت ينتهي بانتهاء الظرف الطارئ.

وقسم من الفقهاء أرجع أساس التعويض إلى نية طرفي العقد المشتركة بأن يتحمل الطرفان آثار العقد الضارة ومن أنصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي "بونار".

وقسم ثالث من الفقهاء وهو الرأي الراجح ومن أنصاره العميد الدكتور سليمان الطماوي والفقيه "دي لوبادير" والفقيه "جيز" يرى أن أساس التعويض هو الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرفق العام، لأن الأصل أن تستمر المرافق العامة بتأدية خدماتها وعلى الإدارة أن تعمل لتحقيق هذه الغاية فيما لو حدث ظرف طارئ وأرهق المتعاقد معها وجب عليها أن تهب إلى معاونته من أجل التغلب على هذا الظرف لكي يستطيع أن يفي بالتزاماته[2].

يرى الباحث أن التعويض الذي يحكم به القاضي الإداري وفق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يرتكز إلى ضرورات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد لأنها تهدف إلى تحقيق الصالح العام والمحافظة على النظام العام من خلال استمرارية تأدية خدماتها للناس حتى لا يكونوا أول المتضررين من توقف هذه المرافق عند تعرض المتعاقد لظرف طارئ، إضافة إلى قواعد العدالة وهي من القواعد العامة التي تطبق أيضاً في العقود المدنية. ولكون فكرة التوازن المالي لا تصلح لأن تكون أساسا للتعويض وفق هذه النظرية لأنها تقضي بالتعويض الكامل على عكس نظرية الظروف الطارئة التي يكون التعويض فيها جزئياً ومؤقتاً بوجود الظرف الطارئ وأن فكرة نية

---

(١) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص ١٧٥.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٩٦، ٦٩٧.

طرفي العقد قاصرة أيضاً عن تبرير التعويض الذي يحكم به القاضي وبالتالي لا تصلح لأن يكون التعويض على أساسها.

الفرع الثالث
مقدار التعويض

أما مقدار التعويض الذي يحكم به القاضي الإداري على أساس نظرية الظروف الطارئة فإن مجلس الدولة الفرنسي التزم بالقواعد التالية:

أولاً: بالنسبة لتحديد بداية الظرف الطارئ فقد اعتبره مجلس الدولة منذ اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد أو ما يعرف "بعتبة عدم التوقع" أي تجاوز الهامش الذي يضعه المتعاقد في اعتباره لارتفاع الأسعار، فإذا ما تجاوز ارتفاع الأسعار هذا الهامش يبدأ التاريخ الذي يحق للمتعاقد أن يطلب العون من الإدارة استناداً لنظرية الظروف الطارئة، أما في حال بقاء الأسعار ضمن الحد المعقول ودون هذا الهامش فلا يملك المتعاقد حق طلب المعونة.

ثانياً: أما الاعتبار الثاني الذي يأخذه مجلس الدولة في الاعتبار عند الحكم بالتعويض فهو تحديد الخسارة التي تلحق بالمتعاقد طيلة وجود الظرف الطارئ بحيث تؤخذ بعين الاعتبار النتائج الفعلية لاستغلال المشروع موضوع التعاقد ولا يجوز أن يدخل في حساب الأرباح والخسائر ما كان يمكن أن يعود على المتعاقد لو أنه قام بعمل معين(١).

كذلك لا يدخل في حساب الخسائر الأرباح التي حققها المتعاقد قبل حلول الظرف الطارئ ولا الأرباح المحتملة التي قد يجنيها المتعاقد عقب زوال الظرف

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٣٠ آذار ١٩٣٣، في قضية Ville de'oran، المجموعة، ص ٣٧٩.

الطارئ.

كما أقر المجلس في حكمه الصادر بتاريخ ١٩ شباط سنة ١٩٢٦ "المجموعة ص ١٩٦" أنه في حالة استمرار الظرف الطارئ لعدة سنوات وحدث أن حقق المتعاقد أرباحاً خلال سنة أو سنوات من فترة امتداد الظرف الطارئ فإن هذه الأرباح لا تستنزل من الخسائر النهائية التي يجب تعويض المتعاقد عنها للفترة كلها(١).

أما بالنسبة للخسائر التي تلحق بالمتعاقد قبل وجود الظرف الطارئ فلا تدخل أيضاً في حساب الخسائر التي يحق للمتعاقد أن يطالب بها استناداً لنظرية الظروف الطارئة وبالتالي فالإدارة لا تشارك إلا في الفرق بين الخسائر العادية المحتملة والخسائر التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار أو ما يعرف بعتبة عدم التوقع.

ومن المبادىء التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في حساب الخسارة التي تلحق بالمتعاقد الواجب على الإدارة المشاركة بها نتيجة الظرف الطارئ عدم احتساب الخسارة التي تلحق به نتيجة خطئه في تنفيذ العقد كإهماله أوعدم إتباعه الوسائل الفنية المسلم بها في التنفيذ وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بعين الاعتبار جميع أنواع النشاط المتصلة بموضوع العقد الأصلي أو التي ينص عليها العقد: "وقد سبق توضيح ذلك في موضوع أثر الظرف الطارئ على العقد".

وعند حساب الخسارة وفق المبادىء التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي يوضع في الاعتبار الفرق بين الأسعار الفعلية وقت إبرام العقد والأسعار الجديدة.

ثالثاً: موضوع توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة

تقوم نظرية الظروف الطارئة على أساس مبدأ جوهري مفاده توزيع أعباء

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٩٩.

الخسارة الجسيمة المترتبة على الظرف الطارئ بين الإدارة والمتعاقد إلا إذا قامت الإدارة بتعديل قواعد تنظيم استغلال المرفق كزيادة رسم الانتفاع الذي يتقاضاه الملتزم من المنتفعين حتى تتلافى دفع التعويض للمتعاقد من خزينة الدولة وبالتالي تكون قد ساعدت الملتزم بالخسارة التي لحقته نتيجة الظرف الطارئ لتضمن استمرار سير المرفق العام.

ويتعين على المتعاقد أن يتحمل جزءاً من الخسارة وهذا ما تتميز به نظرية الظروف الطارئة عن نظرية فعل الأمير التي توجب تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً علماً أنه من الناحية العملية يعمل مجلس الدولة على جعل مشاركة المتعاقد بالخسارة مشاركة رمزية وأن النسبة المئوية الغالبة التي يلتزمها المجلس في معظم أحكامه تحمل الدولة ٨٠% ــ ٩٥% وذلك حسب ظروف كل حالة على حدة [1].

وقد راعى مجلس الدولة في توزيع الخسارة بين الطرفين اعتبارات متعددة منها موقف المتعاقد في مواجهة الظرف الطارئ ومحاولة التغلب عليه والحالة الاقتصادية العامة للمشروع ومدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة بشكل عام وتعنت الإدارة في معاملة المتعاقد في حال رفضها تعديل شروط العقد بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد.

والقضاء الإداري المصري يطبق ذات المبادىء التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي.

ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ٣١ يناير سنة ١٩٨٤ تقرر الأصول التالية:

١) أن أحكام نظرية الظروف الطارئة تطبق حتى ولو نفذت الإدارة على حساب المتعاقد المقصر.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٩٦ وما بعدها.

٢) كان التزام المتعاقد ينصب على توريد شعير وتبن وارتفع سعر الشعير بواقع جنيه ونصف ولم تعتبر المحكمة هذا الارتفاع مبرراً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أما سعر التبن فقد بلغت الزيادة فيه عشرين جنيهاً في كل جمل فاعتبرت المحكمة أن هذه الزيادة مبررة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فقضت المحكمة بتوزيع الزيادة بين المورد والإدارة بحيث يتحمل المورد خمسة عشر جنيها وتتحمل جهة الإدارة خمسة جنيهات(١).

ومن الملاحظ من هذا الحكم أن القضاء الإداري المصري يطبق نظرية الظروف الطارئة في حال الخسارة الجسيمة، أما الخسارة العادية المحتملة فلا يطبق النظرية كذلك من حيث توزيع عبء الخسارة بين الملتزم والإدارة فقد نحا القضاء الإداري المصري منحى يغاير ما سلكه القضاء الفرنسي حيث يحمل الملتزم العبء الأكبر من الخسارة على عكس القضاء الفرنسي الذي يحمل الإدارة العبء الأكبر. إضافة إلى أن القضاء الإداري المصري يطبق النظرية ولو نفذت الإدارة العمل على حساب المتعاقد شريطة خصم ما تتحمله الإدارة من مصاريف ونفقات إضافية من مجموع الخسارة التي يستحق المتعاقد التعويض عنها.

المطلب الثالث

نهاية الظرف الطارئ

علمنا أن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن المتعاقد تعرض لظروف مؤقتة مصيرها الزوال وبالتالي فإن هذه النظرية تهدف إلى تمكين المتعاقد من التغلب على هذه الظروف حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها ويعود للعقد توازنه الاقتصادي وبالتالي فلا تطبق هذه النظرية بعد زوال الظرف الطارئ وعودة المياه إلى مجاريها.

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة، السنة ٢٩، ص ٥٠٥، أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٠٢.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: من الذي له الحق في أن يتمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة؟

يجيب عن هذا التساؤل القضاء الإداري من خلال أحكامه التي استقرت على أن المتعاقد الأصلي فقط هو صاحب الحق في التمسك بتطبيق هذه النظرية، وفي حالة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة يصبح المتنازل إليه صاحب حق في التمسك بتطبيق النظرية، لكن هل يستطيع المتنازل إليه أن يتمسك بتطبيق النظرية منذ وقت التنازل أو من وقت سابق على تاريخ التنازل؟

والجواب على هذا التساؤل يأتي من أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي تطور قضاؤه بهذا الخصوص، ففي حكم له الصادر في ١٣ آذار سنة ١٩٣٠ قضى بأن المتنازل إليه يستطيع أن يتمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة منذ تاريخ وقت التنازل، إلا أن المجلس عدل عن قضائه هذا بحكم آخر صدر بتاريخ ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٠ خول بموجبه المتنازل إليه الحق بالتمسك بتطبيق هذه النظرية عن جميع الظروف الطارئة التي يكون من حق المتعاقد الأصلي المطالبة بالتعويض عنها ما دام أن المتنازل إليه يحل محل المتعاقد الأصلي بموافقة الإدارة[1].

أما إذا حصل التنازل بغير موافقة الإدارة فالأصل أنه لا يمكن للمتنازل إليه أن يتمسك بالمطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية في مواجهة الإدارة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أجاز للمتنازل إليه حق التمسك بها شريطة قيامه بتنفيذ العقد وتحققت شروط النظرية. وأرجع المجلس أساس التعويض إلى المسؤولية "شبه التعاقدية".

وفي حال موت المتعاقد وحلول ورثته محله في تنفيذ العقد فإن مجلس الدولة الفرنسي يعامل هذه الحالة معاملة المتنازل إليه بموافقة الإدارة.

وطلب التعويض يقدم من المتعاقد الأصلي أو من يحله محل إلى الإدارة المتعاقدة نفسها التي لا يحق لها الرجوع بالتعويض على الجهة الإدارية الأخرى التي تسببت في

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٧٠٨.

إحداث الظرف الطارئ الذي نتج عنه الضرر وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية بلدية البيف الفرنسية عندما قضى المجلس بالتعويض للمتعاقد مع هذه البلدية نتيجة صدور تشريعات تتعلق بتنظيم الأسعار مما ترتب على ذلك إرهاق المتعاقد وحاولت البلدية الرجوع على الدولة فرفض المجلس دعوى التعويض المرفوعة من البلدية لأن مسؤولية الدولة عن التشريع لا يمكن أن تتحقق إلا بتوافر شروط قاسية من العسير تحققها(١).

ومن المبادىء التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي بموضوع طلب التعويض وفق نظرية الظروف الطارئة أن يتقدم المتعاقد بالطلب إلى محكمة الدرجة الأولى المختصة وبالتالي لا يحق له التمسك بهذه النظرية والمطالبة بالتعويض لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية أن هو أهمل هذا المبدأ(٢).

الفصل الثالث

نظرية الصعوبات المادية(٣)

تعتبر نظرية الصعوبات المادية ثالث النظريات التي صنعها ووضع أسسها قضاء مجلس الدولة الفرنسي بهدف تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة إذا ما تعرض لمخاطر تعوق تنفيذ التزاماته التعاقدية، فما هي هذه النظرية؟

يجمع الفقه على تعريف نظرية الصعوبات المادية بأنها إذا ما صادف المتعاقد مع الإدارة خلال تنفيذ التزاماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة أي غير طبيعية إطلاقاً ولم يكن بالحسبان توقعها بأي حال من الأحوال عند إبرام العقد

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٠٨.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧١٠.
(٣) انظر بحث الدكتور أنور رسلان ، بعنوان "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.

يكون من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا فإنها تفسح المجال للمتعاقد بأن يطالب بحقه بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار[١].

كما يتفق معظم الفقهاء على أن مجال تطبيق هذه النظرية هو عقود الأشغال العامة ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه دي لوبادير الذي يؤكد أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، لكن الفقيه نفسه سلم في ذات الوقت بأنه لا توجد أسباب قاطعة تحول دون تطبيق هذه النظرية إذا توافرت شروطها في مجال العقود الإدارية الأخرى[٢].

ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأي أيضا الفقيه "جيز" والفقيه "بيكينو" [٣].

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد تردد بداية الأمر الأخذ بهذا الرأي وقضى بعدم تطبيق هذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة ورفض على هذا الأساس التعويض للمتعهد الذي تضرر نتيجة هزة أرضية حطمت الأسلاك والكابلات الممدودة تحت الماء التي يعتمد عليها المتعهد في استثمار المرفق العام عندما طالب المتعهد بنفقات إصلاح هذه الأسلاك وفق أساس نظرية الصعوبات المادية وإن كان المجلس سمح للمتعهد بالمطالبة بالنفقات على أساس نظرية الظروف الطارئة وذلك من خلال حكمه الصادر في ٢١ نيسان ١٩٤٤[٤].

لكن قد يحصل أحيانا أن ينص العقد على تنظيم أسس التعويض عن الصعوبات المادية عندما يتوقع حصول هذه الصعوبات التي قد يصادفها المتعاقد وإن كان ذلك نادر الحصول إلا أن مجلس الدولة الفرنسي سلك مسلكا حميدا بأن طبق النظرية ولو لم ينص العقد على تطبيقها.

والسؤال الذي يفرض نفسه هو: ما الحل إذا نص العقد على استبعاد المسؤولية

---

(١) الدكتور محمود عبد الحميد المغربي، مرجع سابق، ص ٤٥ وما بعدها.
(٢) دي لوبادير، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩١.
(٣) جيز، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢١.
(٤) الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٧١٥ وما بعدها.

على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؟ أي في حال تحديد العقد لسعر جزافي مهما كانت الصعوبات التي تعترض تنفيذه وعلى أن يتحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ أيا كانت طبقة الأرض.

يجيب على هذا التساؤل قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي فسر مثل هذه الشروط كما فسرها الاجتهاد الفقهي أيضاً بأنها تعني الصعوبات العادية، أما الصعوبات غير العادية والاستثنائية فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عنها رغم وجود تلك الشروط في نصوص العقد وإن كان وجود مثل هذه الشروط في عقد من العقود تجعل القاضي أكثر تشدداً وتصلباً في اعتبار صعوبات معينة من قبيل الصعوبات التي تجيز للمتعاقد أن يطالب بحقه في التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة [١].

لكن ما هو الأساس القانوني الذي ترتكز عليه نظرية الصعوبات المادية؟

يرجع الأساس القانوني لهذه النظرية عند بعض الفقهاء إلى نية طرفي العقد المشتركة أي إلى إرادة أطراف العقد الضمنية، بمعنى أن السعر المتفق عليه في العقد إنما قصد به مواجهة التنفيذ في الظروف العادية أما بالنسبة للصعوبات المادية غير المتوقعة والتي لم تخطر ببال المتعاقدين فيفترض أنهما قصدا ضمناً أن يقدر مقابلها بطريقة خاصة. ومن أنصار هذا الرأي الفقيه "جيز" وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا الأساس في بعض أحكامه[٢].

وقسم أخر من الفقهاء يرى أن الأساس القانوني لهذه النظرية هو نظرية عمل الأمير أو فكرة المسؤولية التقصيرية للإدارة ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه "بيكينو".

والرأي الفقهي الراجح يرجع أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى اعتبارات العدالة أولاً وإلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ثانياً، وذلك بسبب الصلة

---

(١) الدكتور محمود المغربي، مرجع سابق – ص ٤٧ وما بعدها.
(٢) انظر مطول جيز في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق ، ص ٦٩١.

الوثيقة بين العقود الإدارية وبين المرافق العامة التي تجعل من المتعاقد مع الإدارة معاوناً ومساعداً لها في تسيير تلك المرافق، ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأي العميد الدكتور سليمان الطماوي والفقيه "فالين" والفقيه "دي لوبادير"[١].

يؤيد الباحث الرأي الفقهي الذي يرى أن الأساس القانوني للنظرية هو اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، لمنطقية هذا الرأي ولأن فكرة النية المشتركة لطرفي العقد ـ وإن أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه ـ تنطوي على شيء من الخطر عند التوسع في تفسير افتراض النية المشتركة للمتعاقدين لا سيما وأن هذا الافتراض هو تفسير مصطنع أكثر منه تفسير واقعي، إضافة إلى أن مجلس الدولة نفسه يطبق هذه النظرية رغم احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها، مما يجعل تفسير النية المشتركة لطرفي العقد تفسيراً تعسفياً.

وكذلك فإن إرجاع أساس هذه النظرية إلى نظرية عمل الأمير أو المسؤولية التقصيرية لا يكفي لمواجهة جميع الحالات خاصة عندما يكون مرجع الصعوبات المادية إلى غير عمل الإدارة.

المبحث الأول

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية

لكي يتمكن المتعاقد من المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق به على أساس نظرية الصعوبات المادية يجب أن تتوافر عدة شروط لهذه النظرية حتى يمكن تطبيقها. وهذه الشروط أقرها القضاء الإداري الفرنسي وكذلك أخذ بها القضاء الإداري المصري، والشروط هي:

أولاً: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية بحتة.

ثانيا: أن تكون الصعوبات خارج إرادة المتعاقدين، بمعنى أن لا يكون دخل لإرادة

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧١٧.

المتعاقدين فيها.

ثالثا: أن تكون خارج دائرة التوقع من قبل طرفي العقد عند إبرامهما العقد.

رابعا: أن تكون الصعوبات استثنائية بحتة غير طبيعية.

خامسا: أن يكون من شأن تلك الصعوبات قلب اقتصاديات العقد.

وفيما يلي تفصيل هذه الشروط:

أولاً ــ أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية بحتة:

يعتبر هذا الشرط من شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية أهم ما يميزها عن نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة لأن الصعوبات المادية وفق هذه النظرية غالباً ما تكون من صنع الطبيعة أي عبارة عن ظواهر طبيعية مثل طبيعة الأرض الصخرية التي تتكشف للمتعهد خلال تنفيذ العقد التي تحتاج إلى جهد مضاعف ونفقات غير طبيعية لتفتيت مثل هذه الصخور.

وقد يفاجأ المتعهد بطبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية لسحبها وتجفيف الأرض وربما تؤدي هذه المياه إلى انهيارات في الأتربة وبالتالي تحتاج إلى جهود غير عادية لانتشالها ورفعها من موقع العمل.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في حالات كثيرة من ضمنها حالة الطبيعة الصخرية للأرض في حكمه الصادر في ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٨ وفي حالة وجود طبقات غزيرة من المياه في حكمه الصادر في ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ وفي حالة حدوث انهيارات في الأتربة بكميات ضخمة في حكمه الصادر في الأول من نيسان سنة ١٩٣٦[1].

والصعوبات المادية وإن كانت في اغلب الأحيان ظواهر طبيعية إلا أنها قد تكون في بعض الأحيان من صنع الإنسان من غير المتعاقدين كأن توجد قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر في المواصفات التي تم على أساسها إبرام العقد.

---

(١) أشار إلى هذه الأحكام الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٧٢٥.

ثانياً ــ أن تكون الصعوبات المادية خارج إرادة المتعاقدين:

يجب أن تكون الصعوبات أجنبية عن المتعاقدين بمعنى أن لا يكون دخل لإرادة أحد طرفي العقد فيها أو تسبب في وجودها، فإن تسببت بها الإدارة مثلاً لا تنطبق هذه النظرية، لكن لا يعني ذلك أن الإدارة غير ملزمة بالتعويض بل التزامها بالتعويض يكون مرجعه نظرية فعل الأمير إذا كان عملها مشروعاً وإن كان عملها نتيجة خطأ منها فالتزامها بالتعويض يكون نتيجة المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية.

كذلك إذا كان المتعاقد هو المسبب في وجود الصعوبات المادية فلا يكون ثمة مجال لتطبيق النظرية وعليه تحمل وزر خطئه حتى في حالة زيادة خطورة آثار الصعوبات المادية وتفاقمها من قبل المتعاقد كأن يتوانى ببذل الجهد المستطاع لتوقي أثار هذه الصعوبات أو عدم استغلاله فرصة سنحت له بأن تكون لديه وسيلة للحيلولة دون وقوع مثل هذه الصعوبات فلا يجوز له المطالبة بالتعويض وفق هذه النظرية.

ثالثاً ــ أن تكون الصعوبات المادية خارج دائرة التوقع من قبل أطراف العقد عند إبرامه. وينطبق على حالة عدم توقع الصعوبات المادية ما ينطبق على حالة عدم توقع الظروف الطارئة من أحكام ومبادىء التي سبق بيانها.

إذاً الصعوبات المادية يجب أن تكون من غير الممكن توقعها من قبل أطراف العقد في مثل الظروف التي أبرم فيها العقد، بمعنى أن تتوفر صفة المفاجأة في هذه الصعوبات وهنا يكون دور القاضي هاماً وأكثر تشدداً في تطبيق هذه النظرية، إذ يقع عليه واجب التحري والبحث فيما إذا كان المتعاقد قد بذلَ الجهد الضروري والمعقول وتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وطبقة الأرض التي يقع عليها تنفيذ الأشغال. وبالتالي على المتعاقد أن يتأكد بنفسه من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة من الإدارة.

كذلك يأخذ القاضي موقف الإدارة بعين الاعتبار إذ يجب عليها أن تضع تحت

تصرف المتعاقد معها جميع المعلومات والمستندات اللازمة التي تساعده على تحقيق غايته والوقوف على جميع ظروف تنفيذ العقد وعليه واجب إعلام الإدارة عن ملاحظاته.

وإذا كانت الصعوبات من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد وفق الظروف التي أبرم فيها العقد واتصفت بصفة المفاجأة جاز للمتعاقد أن يطالب الإدارة بحقه بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية.

ومجلس الدولة الفرنسي أشار إلى هذا الشرط في كثير من أحكامه ومن ضمنها حكمه الصادر في قضية مدينة باريس الصادر في ٣ شباط عام ١٩٠٥[١].

وإذا كان المتعاقد ملزما بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ فإن مجلس الدولة يضع في الاعتبار مدى معاونة الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص ذلك أن أعمال مبدأ حسن النية في التعاقد يقتضي أن تضع الإدارة تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات من شأنها أن تعاونه في الوصول إلى تلك الغاية فإذا ثبت تقصير الإدارة في ذلك فإن المجلس يمنح التعويض وهذا ما قرره المجلس أيضاً في حكمه الصادر في ٢٩ يونيو سنة ١٩٥١.

أما إذا قصر المتعاقد وكان بمقدوره تبين الصعوبات المادية عند إبرامه العقد فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض التعويض كما هو الشأن في حكمه الصادر في ٩ يوليو سنة ١٩٢٩[٢].

وقد أخذ بهذا الشرط القضاء الإداري السوري حيث ألغت المحكمة الإدارية السورية بحكمها الصادر في ٤ حزيران سنة ١٩٦٩ حكم محكمة القضاء الإداري السورية القاضي بالتعويض لأن المتعهد كان عليه أن يتحرى بنفسه الصعوبات وكان في وسعه أن يتوصل إليها استناداً إلى المادة ٨٩ من الشروط الخاصة

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٢٦.

(٢) أشار إلى هذين الحكمين الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٢٦.

بالمناقصات والمزايدات السورية التي تنص على: "يتوجب على المتعهد أن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة وعليه أخطار الإدارة المختصة في الوقت المناسب بملاحظاته عليها ويكون مسؤولاً عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه" (١).

رابعاً ــ أن تكون الصعوبات المادية استثنائية بحتة غير طبيعية وأن تكون غير مألوفة إطلاقاً أي غير عادية، أما إذا كانت صعوبات عادية ومألوفة يواجهها كل متعاقد فلا يترتب عليها التعويض.

ومجلس الدولة الفرنسي يتشدد في تطبيقاته القضائية على تطبيق هذا الشرط كلما تضمن العقد نصوصاً تحمل المتعاقد كافة المخاطر عند التنفيذ.

خامساً ــ أن يكون من شأن الصعوبات المادية قلب اقتصاديات العقد، بمعنى أن يترتب على الصعوبات المادية التي تواجه المتعاقد خلال تنفيذ التزاماته الإخلال باقتصاديات العقد ويقدر هذا الإخلال بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي تكبدها المتعاقد نتيجة مواجهته لهذه الصعوبات منسوبة إلى القيمة الإجمالية للعقد، وهذا أوضح ما يكون في حال العقد ذي السعر الثابت المحدد جزافا بالنسبة لكمية العمل المطلوبة، بمعنى تحديد الثمن الذي تلتزم الإدارة بدفعه للمتعاقد لقاء كمية العمل المطلوبة منه، ففي هذه الحالة فإن مجلس الدولة الفرنسي يقر التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية.

والقضاء الإداري المصري طبق هذه النظرية في أحكامه رغم حداثة اختصاصه في مجال العقود الإدارية.

ففي حكم مطول لمحكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ تقول فيه:

---

(١) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٢.

"ومن حيث أن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات غير المتوقعة وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقد الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم يدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ اشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها باعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها وبذلك تختلف هذه النظرية ـــ من حيث سببها ـــ النتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسبب ظروف سياسية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة كما تختلف أيضاً عن حالة القوة القاهرة في أنه يكفي في حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسراً وأكثر كلفة..".

وتمضي المحكمة وتقول:

"يشترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر شروط خاصة يمكن إجمالها بصفة عامة فيما يلي:

أولا: أن تكون الصعوبات مادية غير عادية أو استثنائية.

ثانيا: أن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد.

ثالثا: أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة وفي هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الإدارة الرجوع عليها بالتعويض أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن النظرية لا تطبق ولا يستحق المتعاقد مع الإدارة أي تعويض .. ومن حيث أن شرط الصعوبة غير العادية أو الاستثنائية يختلف تحققه باختلاف الحالات التي تعرض في مجال التطبيق وهو في مجال خصوصية المنازعة الحالية لا تتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي ـ وهو يتولى تطهير ترعة ـ كانت ذات صلابة غير عادية بل يجب أن تكون هذه الطبقة امتداداً غير عادي أيضاً بأن تكون المساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية لأنه يدل على طبيعة أصلية في التربة ذاتها .. ومن حيث أنه فضلاً عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبة طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها فإن هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لا بناءً على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه .. كما أن في شروط العقد ما يكفي لتنبيهه إلى أخذ الحيطة اللازمة لمواجهة الحال التي يتضرر منها بل أن فيها ما يشير بصراحة إلى أنه قد يواجه طبقة صخرية ..".

وتزيد المحكمة وتقول:

"ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون قد تختلف في شأن الواقعة محل النزاع الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض على أساس نظرية الصعوبات غير

المتوقعة التي استند إليها المدعي ومن ثم تكون طلباته في هذا الخصوص على غير أساس"[١].

ومن الملاحظ من هذا الحكم المطول أن المحكمة إضافة إلى أنها أخذت بتطبيق نظرية الصعوبات المادية إذا توافر شروطها فقد عرفت هذه النظرية تعريفاً مفصلاً وبينت شروط تطبيقها تماماً كما أقرها وطبقها قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

وفي الأردن لم يجد الباحث أي نص تشريعي لتطبيق هذه النظرية لا في القانون المدني ولا في دفتر الشروط الموحد لسنة ١٩٩٦ الخاص بالعطاءات والأشغال الحكومية.

كما أنه لا يوجد أي حكم لدى القضاء الأردني لتطبيق هذه النظرية إذا ما توافرت شروطها ناهيك أن القضاء الإداري غير مختص بالنظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بموجب المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا التي حددت اختصاص المحكمة حصراً.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية

يترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية إذا توافرت شروطها النتائج الهامة التالية:

أولاً ــ بقاء التزامات المتعاقد

أي يبقى المتعاقد ملتزما بتنفيذ التزاماته التعاقدية رغم مواجهته لصعوبات مادية غير متوقعة تلحق به الضرر وتقلب اقتصاديات العقد بمعنى أن المتعاقد لا يتحلل من التزاماته إلا إذا أدت الصعوبات إلى استحالة التنفيذ بحيث تنقلب الصورة ويكون أمام

(١) مجموعة أحكام المحكمة – السنة ١١ ص ١٥٢ – أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي – مرجع سابق، ص ٧٣٠.

قوة قاهرة وليس أمام صعوبات مادية إذا تعدت فترة الصعوبات التي يواجهها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد المدة الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد فإن ذلك قد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير.

ويترتب على نتيجة بقاء التزامات المتعاقد رغم مواجهته الصعوبات نتيجة أخرى مفادها أن المتعاقد إذا توقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ولم يستمر في التنفيذ فإنه يتعرض لمختلف الجزاءات التي قد تفرضها عليه الإدارة مع احتمال أن يفقد حقه بالمطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية.

وهذه المبادىء أقرها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٩ يوليو سنة ١٩٠٥[١].

ثانيا ــ حق المتعاقد في الحصول على تعويض مالي يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات بمعنى أنه يتعين على الإدارة تعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً بأن ترد إليه جميع النفقات الإضافية التي تكبدها المتعاقد لمواجهة الصعوبات التي اعترض التنفيذ العادي للعقد، أما كيفية حساب التعويض الكامل فيكون على أساس الفرق بين السعر المتفق عليه في العقد الذي أبرم في ظل ظروف عادية وبين السعر الجديد.

وإذا اثبت أنه عند مواجهة الصعوبات المادية كانت الظروف العادية التي أبرم العقد في ظلها قد تغيرت وبالتالي تكون الصعوبات المادية أدت إلى تغيير كامل في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار في العقد وهذا أيضا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢١ يوليو سنة ١٩٣٧[٢].

ومبدأ التعويض الكامل لا يحول دون أن يتحمل المتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة في الآثار الضارة الناتجة عن الصعوبات المادية وهذا يعتبر تطبيقا للقواعد العامة في التعويض.

---

(١) فالين، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٣١.

والقضاء الإداري المصري طبق نظرية الصعوبات المادية في أحكامه من خلال حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٥٣ الذي تقول فيه:

"ومن حيث أنه عن الأمر الثاني الخاص بالصعوبة المادية التي تبدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة .. وأن الصعوبة التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفره للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة ولم يكن في وسع المدعي ولا الحكومة توقعها ... ومن حيث أن العدالة تقضي بأن تتشاطر الحكومة والمدعي في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة على الأخص بعد أن ذهبت المحكمة إلى تحميله بما زاد من أجور العمال إذ اعتبرته من الأمور المتوقعة"(١).

ومن الملاحظ من هذا الحكم أن المحكمة لم تطبق مبدأ التعويض الكامل رغم أن الحكم يعني بما لا يدع مجالاً للشك أنه يتعلق بنظرية الصعوبات المادية إلا أنه عند الحكم بالتعويض نراها قد خلطت بهذه الخصوصية بين نظرية الصعوبات المادية ونظرية الظروف الطارئة وأقرت التعويض على أساس النظرية الأخيرة بأن حملت المتعاقد جزءاً من الخسارة.

إلا أن المحكمة عادت وميزت بين النظريتين في حكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ وأقر للمتعاقد التعويض الكامل وقد جاء في الحكم: " .. التعويض هنا في تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة" (٢).

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٢٨.

(٢) مجموعة الأحكام التي أقرتها المحكمة – السنة السابعة – أشار إلى هذا الحكم الدكتور سليمان الطماوي – مرجع سابق – ص ٧٣٠ وما بعدها.

المبحث الثالث

التمييز بين نظرية إلصعوبات المادية وكل من نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة والقوة القاهرة

علمنا من خلال أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وما حصل عليها من تطور خاصة في الوقت الحاضر لمواجهة سياسة الاقتصاد الموجه التي تسير عليها معظم الدول، ومن اجتهادات الفقهاء الإداريين وبعض النصوص التشريعية المبعثرة هنا وهناك، أن هناك أوجه شبه كثيرة بين نظريات المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، وفي الوقت ذاته هناك أوجه خلاف بينها، لذلك سنقف على أوجه الشبه في الفرع الأول من هذا المبحث ثم نرى أوجه الخلاف بينها في الفرع الثاني وذلك استكمالاً للفائدة المرجوة من هذه الدراسة إن شاء الله.

الفرع الأول

أوجه الشبه

أولاً: أن أهم أوجه الشبه بين هذه النظريات هو نشأتها القضائية أي أنها من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي ومن ثم أخذ عنه مجلس الدولة المصري.

ومن البديهي القول أن المبادىء التي يقرها القضاء تمتاز بالمرونة لتتماشى مع مستجدات الحياة وظروفها وهذا ما هو ملاحظ من التطور الذي حصل على مبادىء وأحكام هذه النظريات في كل من قضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر.

وإذا علمنا أن نظرية عمل الأمير قد نص عليها المشرع المصري بموجب المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ وكذلك نظرية الظروف الطارئة بموجب المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري إلا أن مجلس

الدولة المصري كما هو ملاحظ من أحكامه أنه غير ملزم بالتقيد بالنص التشريعي في كلا النظريتين إلا بالقدر الذي يراه متفقا ومقتضيات القانون الإداري.

ثانياً: تعتبر النظريات الثلاث وسائل ابتدعها القضاء الإداري لإعادة التوازن المالي للعقد.

ثالثاً: أن المخاطر التي تتضمنها النظريات الثلاث تحدث خلال تنفيذ العقد.

رابعاً: تعتبر مسؤولية الإدارة عن الضرر الذي يلحق بالمتعاقد وفق النظريات الثلاث مسؤولية بلا خطأ بمعنى أن التصرف الذي تقوم به الإدارة ويلحق الضرر بالمتعاقد لا يتضمن أي خطأ من جانبها وبالتالي لا يمكن إثارة مسؤولية الإدارة على أساس أي من النظريات الثلاث عند حصول خطأ من قبلها تسأل في نطاق المسؤولية التعاقدية العادية.

خامساً: تتشابه النظريات الثلاث بكون الحادث الذي تتحقق به مسؤولية الإدارة غير متوقع أما إذا كان سبب الضرر متوقعاً ونص عليه العقد فلا تثار مسؤولية الإدارة إلا على أساس المسؤولية بخطأ أو التقصير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

سادساً: يشترط في الحادث الذي الحق الضرر بالمتعاقد أن يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد ويلحق خسارة بالمتعاقد.

سابعاً: مجال تطبيق النظريات الثلاث هو العقود الإدارية جميعها بمعنى أن المتعاقد يستطيع أن يستند إلى أي من هذه النظريات للمطالبة بحقه بالتعويض إذا استوفيت شروط تطبيقها مع ملاحظة ما سبقت الإشارة إليه من أن التطبيق العملي لنظرية الصعوبات المادية يكون في نطاق عقود الأشغال العامة.

ثامنا: ليس للقاضي من سلطة في مجال تطبيقه هذه النظريات أن يعدل من نصوص العقد ولا يملك إلا دعوة أطرافه للتفاهم والحكم بالتعويض أن فشلوا في الوصول إلى اتفاق.

تاسعا: تقوم هذه النظريات على فكرة واحدة وهي مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرافق العامة ومعاملته على أساس أنه يعاون الإدارة ويساندها في أداء وظيفتها وبالتالي فإن القضاء الفرنسي حين ابتكر هذه النظريات وضع في اعتباره أن يوازن بين سلطات الإدارة وامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها وبين ما يقابل ذلك من حق المتعاقد معها حتى يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة مع تمكينها في ذات الوقت بأن تتمتع بقدر من الحرية لتحقيق الصالح العام في ظل ظروف أفضل فيما لو التزم القضاء الإداري بتطبيق قواعد القانون الخاص على العقود الإدارية.

الفرع الثاني

أوجه الخلاف

يرجع وجه الخلاف بين هذه النظريات الثلاث إلى أفكار رئيسية هي:

أولا: فكرة الفعل الذي تتحقق فيه المسؤولية.

ثانيا: تختلف النظريات الثلاث كل منها عن الأخرى من حيث شروط تطبيق كل نظرية.

ثالثا: فكرة الأثر المترتب على تطبيق كل نظرية.

أولا: فكرة الفعل الذي تتحقق بموجبه المسؤولية

ففي نظرية عمل الأمير يتحقق الفعل الضار من الإدارة ولكن بغير خطأ منها إذ يعتبر عملها مشروعا وهو ما يطلق عليه الفقهاء اسم المخاطر الإدارية الناتجة عن

عمل الإدارة المتعاقدة ذاتها فقط.

وفي نظرية الظروف الطارئة ففكرة العمل الضار ترجع إلى ما يسمى بالمخاطر الاقتصادية والتي هي ليست من عمل الإدارة لكنها حوادث استثنائية عامة كالحروب والفيضانات والوباء وغيرها.

أما نظرية الصعوبات المادية ففكرة العمل الضار هي من صنع الطبيعة أي ظواهر طبيعية أما إذا كانت الصعوبات المادية مرجعها الإدارة فلا تطبق نظرية الصعوبات المادية لعدم توافر شروطها.

ومن الملاحظ أن تداخلاً قد يحصل في العمل الضار الذي تتحقق به المسؤولية بين نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة وذلك لصعوبة التمييز بدقة بين المخاطر الإدارية والمخاطر الاقتصادية نتيجة تدخل الإدارة الكثير في مجال الإنتاج وتنظيمها الظروف الاقتصادية إلى حد كبير وبالتالي فإن نظرية الظروف الطارئة تطبق على العمل الضار الناتج عن الإدارة سواء كانت جهة الإدارة المتعاقدة نفسها أو جهة إدارية أخرى، أما في نظرية عمل الأمير فإن الفعل الضار يجب أن يصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة نفسها، والنتيجة المترتبة على ذلك أن مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة أوسع من مجال تطبيق نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية.

ثانياً: فكرة شروط تنفيذ هذه النظريات

وهي أن يكون الضرر الذي يلحق بالمتعاقد جراء الظروف الطارئة جسيماً ومرهقاً له بحيث يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد بينما يكفي حصول ضرر بغض النظر عن مدى جسامته لتطبيق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية مع ملاحظة أن القضاء الفرنسي اشترط جسامة الضرر في نظرية الصعوبات المادية في مجال العقود الجزافية كما سبق بيانه.

ثالثاً: فكرة الأثر القانوني المترتب على تطبيق كل نظرية

علمنا أن الأثر القانوني لتطبيق هذه النظريات هو التعويض. ففي نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية فإن التعويض يكون كاملاً بحيث يغطي جميع الأضرار التي تلحق بالمتعاقد بينما في نظرية الظروف الطارئة يكون التعويض جزئياً كما سبق تفصيله ومؤقتاً ينتهي بانتهاء وزوال الظرف الطارئ.

مع ملاحظة أن القضاء الفرنسي استقرت أحكامه على تحميل جهة الإدارة القسم الأكبر من الخسارة بحيث يحملها ما نسبته ٨٠% ـ ٩٥% على عكس ما سار عليه القضاء المصري من تحميل المتعاقد النصيب الأكبر من الخسارة. وقد سبق توضيح ذلك.

وبالنسبة للقوة القاهرة فقد تتفق مع النظريات الثلاث في أوجه الشبه التي ذكرناها من حيث أن العمل غير متوقع وخارج إرادة المتعاقدين ولا يمكن دفعه وليس لأحد أطراف العقد دخل فيه ويؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة ويتحلل المتعاقد من التزاماته مع حقه بالتعويض عن الجزء من العمل الذي نفذه قبل حدوث القوة القاهرة وفي حالة القوة القاهرة المؤقتة فقد يلتزم المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ بعد زوال القوة القاهرة مع إعفائه من فرض الجزاءات عليه في حال التأخير في التنفيذ مثل جزاء غرامة التأخير.

الخاتمة والتوصيات

أوضحت هذه الدراسة من خلال التعريف بنظرية المخاطر التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية أن هذه النظرية من صنع القضاء الإداري وخاصة مجلس الدولة الفرنسي وأن العقود التي تبرمها الإدارة هي عقود إدارية بطبيعتها وخصائصها الذاتية وليس بنص القانون وبالتالي فإن القضاء الإداري بسط رقابته واختصاصه بالمنازعات المتعلقة بها.

ونتيجة لذلك فقد صنع القضاء الإداري نظريات المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري وأرسى أسسها وفصل أحكامها ومبادئها.

وأوضح القضاء الإداري من خلال أحكامه أن امتيازات الإدارة وسلطتها الواسعة في مواجهة المتعاقد ليست مجردة من كل قيد بل هي خاضعة للرقابة القضائية لها وليس نداً لها، وبينت هذه الدراسة أن القضاء الإداري الأردني أقر بأحكامه بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وبخصائصها الذاتية وأن نظريات المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري هي من صنع القضاء الإداري إلا أنه نأى بنفسه عن تطبيق هذه النظريات على المنازعات المتعلقة بها محتجا بذلك كون المشرع الأردني حدد اختصاصه حصراً بموجب المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ الذي جاء خاليا من النظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ولم ينحُ منحى القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر بأن يبسط رقابته واختصاصه على العقود الإدارية بل زاد على ذلك بأن قسم العقد الإداري الواحد إلى مرحلتين هما المرحلة التمهيدية وأخضعها لرقابته ومرحلة تنفيذ العقد الإداري وأخضع المنازعات المتعلقة بها للقضاء العادي رغم أن العقد الإداري يعتبر عملية واحدة وهو من القرارات الإدارية.

أما التشريعات الأردنية فقد جاءت خلواً من أي نص تشريعي يعتبر عقداً معيناً عقداً إدارياً خاضعاً للرقابة القضائية الإدارية.

المتعلقة بالعقود الإدارية باعتبارها عملية إدارية واحدة وأن لا يفرق بين مرحلة تمهيدية وأخرى تنفيذية حتى لا تتعارض الأحكام الصادرة من جهتي القضاء الإداري والنظامي بموضوع واحد.

رابعاً: أن يتدارك المشرع الأردني الثغرة التشريعية وأن يعمل على سدها بأن يعدل عن أسلوب التحديد الحصري للاختصاص بالنسبة لجهة القضاء الإداري ويجعل الولاية العامة للقضاء الأردني لهذه الجهة حتى تتوحد القواعد والمبادىء القانونية التي تطبق على هذه المنازعات الإدارية. وبذلك تتحقق الحكمة من وجود جهة قضاء إداري مستقلة عن جهة القضاء النظامي ومتميزة عنه وتتحقق مزية التخصص والتحرر من قيود وأغلال قواعد القانون المدني وتتاح له فرصة ابتداع الحلول وإرساء المبادئ القانونية التي تتفق مع طبيعة المنازعات الإدارية وتعمل على تحقيق التعادل بين حقوق الأفراد ومقتضيات الصالح العام.

خامساً: ضرورة إيجاد قضاء إداري متخصص على مرحلتين وأن لا يحصره في محكمة إدارية واحدة بحيث تكون أول وآخر درجة في التقاضي الإداري وذلك بإنشاء محاكم إدارية في الأقاليم والمحافظات في المملكة وأن يكون دور محكمة العدل العليا شبيهاً بدور محكمة التمييز بالنسبة للمحاكم النظامية ليتحقق بذلك مزية تدرج التقاضي لتخفيف العبء عن محكمة العدل العليا وتقريب المحاكم الإدارية من المتقاضين.

كما يرى الباحث ضرورة إيجاد قسم استشاري للتشريع وآخر للفتوى لتقديم الفتوى والمشورة وإبداء الرأي للإدارة.

المراجع

المراجع العربية

١) الدكتور إبراهيم طه الفياض – العقود الإدارية – الناشر جامعة الكويت – مكتبة الفلاح – الطبعة الأولى ١٩٨١.

٢) الدكتور أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٧٣

٣) الدكتور أحمد يسري – أحكام المبادىء في القضاء الإداري الفرنسي – منشأة المعارف – الإسكندرية.

٤) الدكتور أحمد محمود جمعة – العقود الإدارية – منشأة المعارف – الإسكندرية – ٢٠٠٢.

٥) الدكتور أنور سلطان – النظرية العامة للالتزام – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ١٩٩٧.

٦) الدكتور توفيق شحادة – النظرية العامة في العقود الإدارية – الجزء الأول – القاهرة – ١٩٦٣.

٧) الدكتور ثروت بدوي – النظرية العامة في العقود الإدارية – دار النهضة العربية ١٩٩١.

٨) الدكتور ثروت بدوي – الوجيز في القانون الإداري – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٧٤.

٩) الدكتور جابر جاد نصار – الوجيز في العقود الإدارية – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠.

١٠) الدكتور جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الطبعة الثالثة ١٩٩٩.

١١) الدكتور حسين درويش – النظرية العامة في العقود الإدارية – الطبعة الأولى ١٩٥٨.

١٢) الدكتور حسين درويش – السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري – القاهرة – ١٩٦١.

١٣) الدكتور حمدي ياسين عكاشة ــ العقود الإدارية ــ منشأة المعارف ــ الإسكندرية ــ ١٩٩٨.

١٤) الدكتور خالد سمارة الزعبي ــ القرار الإداري بين النظرية والتطبيق ــ دراسة مقارنة ــ الطبعة الثانية ــ الإصدار الأول ١٩٩٩ ــ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

١٥) الدكتور خالد سمارة الزعبي ــ القانون الإداري ــ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ــ الطبعة الثالثة ــ عمان ١٩٩٨.

١٦) الدكتور خالد خليل الظاهر ــ القانون الإداري ــ دراسة مقارنة ــ الكتاب الثاني ــ الطبعة الأولى ١٩٩٧ ــ دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.

١٧) الدكتور سامي جمال الدين ــ المنازعات الإدارية ــ منشأة المعارف ــ الإسكندرية.

١٨) الدكتور سليمان محمد الطماوي ــ الأسس العامة للعقود الإدارية ــ دراسة مقارنة ــ الطبعة الخامسة ١٩٩١ ــ مطبعة جامعة عين شمس.

١٩) الدكتور سليمان محمد الطماوي ــ النظرية العامة للقرارات الإدارية ــ دراسة مقارنة ــ الطبعة السادسة ــ ١٩٩١ ــ مطبعة جامعة عين شمس.

٢٠) الدكتور طعيمة الجرف ــ القانون الإداري ــ دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة ــ ١٩٦٤/٦٣.

٢١) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ــ المجلد الأول ــ دار إحياء التراث العربي ــ بيروت.

٢٢) الدكتور عبد الهادي عباس ــ العقود الإدارية ــ الجزء الثاني ــ دار المستقبل ــ الطبعة الأولى ــ دمشق ١٩٩٣.

٢٣) الدكتور عبد الله طلبه ــ القانون الإداري ــ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ــ الطبعة الرابعة ــ جامعة دمشق ــ ١٩٩٤/٩٣.

٢٤) الدكتور عبد المجيد فياض ــ العقد الإداري ــ الطبعة الأولى ــ القاهرة ١٩٨٣.

٢٥) الدكتور عبد المجيد فياض ــ نظرية الجزاءات في العقد الإداري ١٩٧٥.

٢٦) الدكتورة عزيزة الشريف ــ دراسات في نظرية العقد الإداري ــ دار النهضة العربية ــ جامعة القاهرة ــ ١٩٨١.

٢٧) الدكتور علي خطار شطناوي ــ الوجيز في القانون الإداري ــ الطبعة الأولى ــ دار وائل للنشر ٢٠٠٣.

٢٨) ألدكتور عبدالله حنفي ــ العقود الإدارية ــ الكتاب الأول ــ ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه ــ دار النهضة العربية ١٩٩١.

٢٩) الدكتور عبد العزيز صبري أبو الليل ــ أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق ــ دراسة مقارنة ــ ١٩٩٤.

٣٠) الدكتور علي محمد علي عبد المولى ــ الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ــ دراسة مقارنة ــ ١٩٩١ .

٣١) الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة ــ الأسس العامة للعقود الإدارية ــ ٢٠٠٤ ــ منشأة المعارف ــ الإسكندرية.

٣٢) الدكتور عبد الحميد الشواربي ــ العقود الإدارية ــ ٢٠٠٣ ــ منشأة المعارف ــ الإسكندرية.

٣٣) الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف ــ العقود الإدارية ــ ٢٠٠٢/٢٠٠١ ــ الطبعة الأولى.

٣٤) الدكتور عبد الحميد حشيش ــ التطور الحديث للمبادىء العامة للعقود الإدارية ــ القاهرة ــ ١٩٦٢.

٣٥) الدكتور عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد ــ أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري ــ دار النهضة العربية ــ القاهرة.

٣٦) الدكتور ماجد راغب الحلو ــ القانون الإداري ــ دار المطبوعات الجامعية ــ الإسكندرية ــ ١٩٩٦.

٣٧) الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم ــ معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة ــ دار النهضة العربية ــ القاهرة.

٣٨) الدكتور مصطفى كمال وصفي ــ حول سلطة الدولة في تعديل شروط العقد الإداري ــ القاهرة ــ ١٩٧١.

٣٩) الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم ـ معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٩.

٤٠) الدكتور محمود حلمي ـ العقد الإداري ـ دار الفكر العربي ـ الطبعة الأولى ١٩٧٤.

٤١) الدكتور محمود عبد المجيد المغربي ـ المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونيةـ دراسة مقارنة ـ المؤسسة الحديثة للكتاب ـ طرابلس ـ لبنان ١٩٩٨.

٤٢) الدكتور محمود خلف الجبوري ـ العقود الإدارية ـ الطبعة الثانية ـ الإصدار الأول ١٩٩٨ ـ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

٤٣) الدكتور محمد عبدالله حمود ـ انتهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة ـ طبعة أولى ـ الإصدار الأول ٢٠٠٠ - الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ـ عمان.

٤٤) الدكتور محمود محمد حافظ ـ القانون الإداري ـ ١٩٩٣ ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة.

٤٥) الدكتور محمود محمد حافظ القرار الإداري ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ١٩٨٥.

٤٦) الدكتور محمد جمال مطلق الذنيبات ـ الوجيز في القانون الإداري ـ الطبعة الأولى ـ الإصدار الأول ٢٠٠٣ ـ الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ـ عمان

٤٧) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ـ القانون الإداري ـ دار الفكر الجامعي ـ القاهرة

٤٨) الدكتور محمد أنيس قاسم جعفر ـ العقود الإدارية ـ دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ـ القاهرة

٤٩) الدكتور محمد عبد الواحد الجميلي ـ ماهية العقد الإداري ـ،دار النهضة العربية

٥٠) الدكتور محمد صلاح عبد البديع ـ سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ـ دار النهضة العربية)

٥١) الدكتور محمود عاطف البنا ـ العقود الإدارية ـ دار العلوم ١٩٨٥.

٥٢) الدكتور محمد سعيد أمين ـ الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ١٩٨٤.

٥٣) الدكتور محمد فؤاد مهنا ــ مبادىء وأحكام القانون الإداري ــ ١٩٧٢.

٥٤) الدكتور محمد كامل ليله ــ الرقابة على أعمال الإدارة ــ الرقابة القضائية ــ الكتاب الثاني ــ النهضة العربية ــ بيروت ١٩٦٨/٦٧.

٥٥) المحامي محمود زكي شمس ــ الأسس العامة للعقود الإدارية ــ الطبعة الأولى ــ ٢٠٠٠ ــ مطبعة الداودي ــ دمشق .

٥٦) الدكتور نواف كنعان ــ القانون الإداري ــ الكتاب الأول ــ الطبعة الرابعة ٢٠٠٠ عمان.

٥٧) الدكتور نواف كنعان ــ القانون الإداري ــ الكتاب الثاني ــ العقود الإدارية ــ الطبعة الأولى ١٩٩٦.

٥٨) الدكتور هارون الجمل ــ النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة ١٩٧٩.

المراجع الأجنبية

1) Jeze: Principes generaux du droit Administratif 1934 - 1936.
2) G. Pequignot, theorie generale du contrat administratif, these Montpellier ed 1945.
3) Andre De Laubadere: traite theorique et pratique des contrats administratifs 1956.
4) Vedel (G) Droit administratifs – Paris 1968.
5) Waline L'evlution recente des rapports de l'Etat avec ses contractants 1951.

رسائل

١- الدكتور ثروت بدوي – رسالة دكتوراه في نظرية فعل الأمير ١٩٥٥ – باريس.

٢- خالد مصطفى حواطمة – سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – الجامعة العربية للدراسات العليا – ٢٠٠٣.

٣- د. عبد المجيد فياض – نظرية الجزاءات في العقد الإداري – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – دار الفكر العربي.

٤- د. علي الفحام – سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري – دراسة مقارنة ١٩٧٦- دار الفكر العربي.

٥- د. محمد عبد الله حمود – إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة – الطبعة الأولى – الإصدار الأول ٢٠٠٠ – رسالة ماجستير الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع.

٦- د. نصير الدين محمد تيسير – غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٨٨.

أبحاث

١- د. أنور رسلان – بحث بعنوان "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة – مجلة القانون والاقتصاد – جامعة القاهرة " العددان ٣ و ٤ "١٩٨٧".

٢- تيسير نور الدين الصراوي – بحث بعنوان "عقد المقاولة من الباطن – دراسة مقارنة" المعهد القضائي الأردني ١٩٩٤.

٣- د. علي خطار شطناوي – بحث بعنوان "عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن" منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات عدد ٥ مجلد ٧ عام ١٩٩٢ – جامعة مؤتة.

٤- المحامي عصام لطفي الشريف – بحث بعنوان "التوازن المالي للعقد الإداري في نطاق نظرية فعل الأمير والظروف الطارئة في مصر" فقها وقضاء ١٨٨٢.

٥- عساف فالح مصطفى الدعجة – بحث بعنوان "الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرافق العامة" – المعهد القضائي الأردني.

٦- محمد زهير الحماد عياصرة – بحث بعنوان "الظروف الاستثنائية في القانون الإداري" – المعهد القضائي الأردن ١٩٩٥.

٧- محمد محمود هملان العواد – بحث بعنوان "القرض العام" – المعهد القضائي الأردني ١٩٩٤/٩٣.

التشريعات الأردنية

- الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.
- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- قانون العقوبات الأردني وفقا لأخر التعديلات.
- قانون الأمن العام رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٥.
- قانون تحصيل الأموال الأميرية لسنة ١٩٥١.
- قانون الصحة العامة رقم ٢١ لسنة ١٩٧١.
- نظام الأشغال الحكومية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠ والتعليمات الصادرة بموجبه.
- نظام اللوام الأردني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٣.
- دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية:

  الجزء الأول – الشروط العامة ١٩٩٦.

  الجزء الثاني – الشروط الخاصة ١٩٩٩.
- مجلة نقابة المحامين الأردنيين.
- المجلة القضائية / المعهد القضائي الأردني.

Abstract

Risks Facing the Administrative Contract Execution

A Comparative Study

Researcher: Mohammad Mousa Ibrahim

Supervisor: Professor Khaled Zu'bi

This study stated that the theory of "administrative contract', which is newly established, is a creation of the administrative judgeship (law), particularly the French court. Also, the administrative contracts are directly and highly relevant to management of the pubic utilities, which are considered one of he main activities that are practiced by the management in order to achieve the public advantage, and to maintain the public discipline.

The study examined the nature of the administrative contract and the factor that distinguished it from other contacts in the views of the administrative juristic and judgment. Considering that the contracts signed by the management are administrative due to their nature and self-specifications, and not in the text of law. Therefore, the administrative judgment took the control and jurisdiction to judge in the conflicts relating to all these contracts.

The study also discussed the issue of change of the situation in which the contract was signed, and emergency exceptional (and non-expected) situations that could occur. The impact of these situations on the execution of the contract and its conditions could be un-expectable, so that a loss could happen to the contractor. In this case, the contractor should be helped and his loss should be substituted in order that he accomplishes his commitments (works) in the best way to keep the public utility working.

As a result of that, the administrative judgeship created the "theories of risks" that face the execution of the contract, built the bases of these theories, and detailed their concepts and legislations in order to keep for the contractor his right of substitutions for loss as he is a cooperator and collaborator for the management , and not a confronter or equiponderant to the management concerning its advantages and wide authorities such as the right of interference, modification of the conditions of the contract, put fines on the contractor, and the authority of termination of contract without a fault from the contractor.

The study stated that the advantages and authorities of management against the contractor, are not absolutely free, but driven (controlled) by the administrative juridical monitoring, and it should be terminated at a certain limit.

The study also indicated that the relating fundamentals and rules established by the administrative judgeship were developed and modernized (modified) to be adapted to the life situations and the judgments were not constant, but developed as life and its situations develop. Therefore, the judgeship made some modifications to these rules and fundamentals.

The study involved the discussion of the difference (disagreements) in juristic views concerning the application of each of the theories of "prince work", "emergency situations", financial difficulties". The researcher presented his views in each of the disagreements and its bases.

Finally, the Study examined the level of application of these theories in the judgment of the Jordanian administrative law and the study concluded that the Jordanian legislator did not state in any legislation that the contract signed by the management are considered administrative contracts. Moreover, the legislator specified, particularly, the jurisdiction of the administrative judgment, which is presented by the (High justice court), but did not mention the trial of the conflicts relating to the administrative contacts.

The Jordanian administrative judgeship, in its judgments that were presented by the researcher, in the body of the thesis, agreed on the set evident nature of the administrative contracts

However, the Jordanian administrative judgeship did not accept neither to monitor (control) these contracts nor to extend its jurisdiction to deal with (try) the conflicts relating to these contracts. Moreover, the administrative judgeship a greed, in it judgments, that the theory of "prince work" is a creation of the administrative judgment and juristic, but them, the administrative judgeship did not apply this theory event if its conditions are satisfied.

الفهرس

الصفحة

الصفحة